

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعلم العالي و البحث العلمي

جامعة قسنطينة 01

كلية الحقوق

دور عقد تحويل الفاتورة في تمويل و تحصيل الحقوق التجارية

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام

فرع التنظيم الاقتصادي

إشراف :

أ.د : زرارة صالح الواسعة

إعداد الطالبة :

بن عشي أمال

اللجنة المناقشة :

اللقب و الاسم	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
د. قموح عبد المجيد	أستاذ التعليم العالي	جامعة قسنطينة 01	رئيسا
د. زرارة صالح الواسعة	أستاذة التعليم العالي	جامعة الحاج لخضر - باتنة	مشرفا ومقررا
د. بوندير عبد الرزاق	أستاذ التعليم العالي	جامعة قسنطينة 01	عضوا مناقشا

السنة الجامعية : 2013-2014

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الفصل الأول :

النظام القانوني لعقد تحويل الفاتورة

الفصل الثاني :
أثار عقد تحويل الفاتورة

الهداء

إلى من مهد لي طريق العلم (والدي العزيز)
إلى من أرضعتني الحب والحنان (والدتي

الحبيبة)

إلى القلوب الطاهرة و رياحين حياتي (إخوتي)
إلى زوجي العزيز وعائلته الكريمة

إلى كل من قدم لي العون من قريب و بعيد

شكر و عرفان

أشكر الله عز وجل الذي وفقني لإتمام هذا البحث

وأسأله جل و علا أن يجعله في ميزان حسناتي

ثم أتقدم بالشكر الجزيل إلى

الأستاذة الدكتورة / زارة صالح الواسعة

التي تفضلت بالإشراف على هذا البحث

فجزاها الله عنا كل خير فلها منا كل التقدير والاحترام

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى أساتذة لجنة المناقشة

الذين قبلوا مناقشة هذا البحث

كما اشكر كل من أعانني وساعدني و شجعني طوال فترة هذه الدراسة

وأخص بالذكر الدكتور: زوايمية رشيد

الباحثة

قائمة المختصرات

أولا: باللغة العربية:

ج ر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية.

ق ت ج: القانون التجاري الجزائري.

ق م ج: القانون المدني الجزائري .

ق إ م إ: قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

ق م ف: القانون المدني الفرنسي.

د ت.: دون تاريخ النشر.

د.د.: دون دار النشر.

ثانيا: باللغة الفرنسية

Principles abbreviation:

j.c.p: juris classeur périodique.

B.C: Banque et crédit.

F.S: fascicule.

R.A.S.J.E.P: Revue Algérienne des sciences juridiques économiques et politique.

OP.CIT: opere citato.

CASS: arrêt de la cour de cassation.

ED: édition.

D.S.I.R: Dalloz Sirey informations rapides.

CASS.CIV: arrêt de la cours de cassation chambre civil

P.U.F: presse universitaire de France

JORF: journal officiel français

مقدمة:

تسعى معظم الدول إلى إرساء وتجسيد دعائم اقتصاد السوق هادفة إلى رفع القدرات التنافسية للمؤسسات وتحسين مستوى أدائها ، كما أن المكانة الإستراتيجية التي تحتلها المؤسسات الاقتصادية والدور الذي تلعبه في تنمية الاقتصاد الوطني، تدفعها إلى البحث والتفكير في خلق واستعمال مختلف التقنيات لترقيتها. إلا أن صعوبة تحصيل حقوقها التجارية أهم مشكلة تعاني منها المؤسسات الاقتصادية سيما منها الصغيرة والمتوسطة .

فالمعاملات التجارية تفرض على المؤسسة أن يكون الوفاء آجلا وهي في سبيل ذلك تحرر لمشتريها فواتير لأجل، وهنا قد تنق المؤسسة في المشتري بأن يقوم بالوفاء في أجل الاستحقاق فيتعين عليها انتظار حلول الأجل، في الوقت الذي تكون في أمس الحاجة إلى الأموال للوفاء بالتزاماتها تجاه الغير أو لتحقيق استثمارات جديدة.

فحينئذ على المؤسسة أن تختار بين أن تشتترط على المدين الوفاء الفوري دون أجل ، وعادة ما تكون العاقبة هي ركود السلع في السوق، وإما أن تنتظر آجال الاستحقاق وهنا قد تتعرض لأزمة مالية ترجع بالخسارة على المؤسسة الأمر الذي يجعلها تبحث عن مصادر تمويل لإعادة دورتها الإنتاجية، وتظهر خطورة تلك المشكلة أكثر في حالة تعامل المؤسسة مع عدد ضخم من العملاء وعلى نطاق جغرافي على الصعيد الداخلي أو الدولي، مما قد ينذر بوقوع مخاطر ضياع قسم من الديون التجارية التي ترتبت بذمة المدينين العملاء مع ارتفاع تكلفة تحصيلها.

وتبعا لهذه المعطيات تطرح أمام المؤسسة الاقتصادية وسائل متنوعة للتمويل مما يسمح لها بالمفاضلة بين البدائل التمويلية المتاحة، وبالتالي اتخاذ القرار الذي يتناسب والأهداف المسطرة، ذلك أن الاعتماد على المصادر الذاتية أو الخاصة غالبا ما يكون غير كافي لتغطية مختلف احتياجاتها .

على الرغم من انه يقع على عاتق المؤسسة الاقتصادية دراسة الوضع المالي للمشتريين قبل التعامل معهم وأن تأخذ منهم الضمانات الكافية ما يجنبها خطر تخلفهم عن الوفاء في أجل الاستحقاق ، إلا أنها لا تملك في الغالب الوسائل والأدوات التي تمكنها من تحقيق ذلك ، كما أنها ليست بمنأى عن المدين حسن النية الذي يتعرض لصعوبات مالية غير متوقعة ، سواء تعلق الأمر بإفلاسهم أو إعسارهم ، مما يثير مخاوف وقلق هذه المؤسسات في تحصيل حقوقها التجارية لدى مدينيها .

كما أن تحصيل الحقوق التجارية والحصول على التمويل اللازم للمؤسسة يقتضي منها أن تتوفر على إمكانيات إدارية ومالية للقيام بهذا النشاط الأمر الذي يرهق ميزانيتها بأعباء مالية إضافية، ليبقى في الأخير اللجوء إلى خيار التمويل الخارجي عن طريق القروض البنكية المصدر الخارجي الأساسي لتمويل هذه المؤسسات، غير أن هذه الأخيرة تجد صعوبة في الحصول على التمويل اللازم نظرا لما تتميز به من انخفاض في رأس مالها ومحدودية الضمانات التي تقدمها للبنوك هذه المميزات صعبت مهمة البنوك في تقييم وتقدير المخاطر الناجمة عن نشاطات المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

وإزاء فشل القوالب العقدية التقليدية (عقد الوكالة المصرفية، عقد القرض، عقد خصم الأوراق التجارية....) في علاج المشكلة، كانت حاجة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة إلى عملية قانونية تواجه بها الصعوبات السابقة، وفي سبيل تجاوز هذه المشكلة تم استحداث طرق جديدة لتمويل هذه المؤسسات كان من أهمها: عقد تحويل الفاتورة كآلية قانونية حديثة نسبيا تعنى بإدارة المديونيات. فرضتها حاجة هذه المؤسسات كوسيلة تضمن فيها استيفاء حقها من المشتريين سواء على المستوى الداخلي أو الدولي، وكبديل تمويلي مستحدث لنظام التمويل التقليدي .

على الرغم من أن عقد تحويل الفاتورة حديث من حيث الشكل، إلا أن ظهوره يرجع إلى التاريخ القديم فنجده في الممارسات التجارية عند البابليين والفينيقيين الذين مارسوه في مجال

التجارة البحرية، ثم ظهر في إنجلترا في القرن 18 نتيجة لجوء المصدرين البريطانيين إلى بيع وتصريف منتجاتهم في الأسواق المنتشرة في المستعمرات الإنجليزية في كافة أنحاء العالم، حيث كانوا يعمدون إلى الاستعانة بالمراكز التجارية في تلك المستعمرات من أجل إحاطتهم بالمعلومات الضرورية الخاصة بالأسواق وبمراكز وبسمعة المورد، وكذا تحصيل ثمن بضائعهم لقاء الحصول على عمولة.

هذا ما شجع بدوره بعض البنوك التي كانت ترفض في البداية منح الإعتمادات المصرفية تخوفا من الكساد والركود الاقتصادي للمنتجين إلى اقتحام هذا السوق الجديد، كما تسابقت المؤسسات المالية إلى فتح فروع متخصصة في تحصيل وضممان الحقوق التجارية للمصدرين كبديل عن الإعتمادات المصرفية، وأول هذه الفروع عرفت البنوك الأمريكية ومنها نجد « First National Bank Of Boston »، ثم انتقل بعد ذلك هذا العقد إلى أوروبا في أواسط القرن العشرين ليتم إنشاء مؤسسات مالية متخصصة في عقد تحويل الفاتورة.، ونظرا لحدثة العقد في شكله الحالي، فقد عرف عند ظهوره بعض العثرات في تطبيقه الأمر الذي استدعى التوقيع على اتفاقية دولية بتاريخ 1988/05/28 بمدينة أوتاوا الكندية انتهت باتفاقية تحمل اسم هذه الأخيرة تتكون من 23 نص بغرض خلق تشريع دولي موحد لعقد تحويل الفاتورة

أما في الجزائر، فقد أدخل المشرع الجزائري القواعد القانونية لتنظيم العقد حديثا بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 افريل 1993 المعدل والمتمم للقانون التجاري، وهذا بعد أن عرفت الجزائر تغييرا في المجال الاقتصادي من نمط التسيير الاشتراكي إلى نظام اقتصاد السوق.

- أهمية الموضوع:

تأتي أهمية دراسة عقد تحويل الفاتورة كأحدث الأدوات المالية لتمويل وتحصيل الحقوق

التجارية بالنظر إلى:

- 1- الخدمات التي يقدمها عقد والتي تشمل السيولة الفورية بحيث يسمح هذا العقد بتحويل مبيعات المؤسسات من مبيعات آجلة إلى مبيعات نقدية .
- 2- توفير حماية للمشروعات الصغيرة والمتوسطة من خلال تحصيل حقوقها التجارية، حيث يساعد هذا العقد على سداد القيمة المغطاة عن كل مشتري.
- 3- يساعد عقد تحويل الفاتورة المؤسسات على النمو والتوسع وطمأنتها بشأن عدم تحملها الخسائر ، وذلك عن طريق الاستعلام عن المشتريين مع تقييم أوضاعهم المالية والتجارية وبالتالي تكون المؤسسة على دراية بأحوال السوق.

- أسباب اختيار الموضوع:

ترجع أسباب اختيار الموضوع إلى:

- 1- مسألة تحصيل الديون التجارية تعتبر من أهم وأخطر المسائل التي تعترض التجار والمؤسسات الاقتصادية، لذلك تتخوف هذه الأخيرة من خطر عدم قدرتها على استيفاء هذه الديون.
- 2- يصعب على المؤسسات الصغيرة والمتوسطة إستغراق جميع مراحل العملية الاقتصادية لوحدها، فلا يمكنها التكفل بالإنتاج والتحصيل والتسيير والتمويل والضمان... لذلك نرى ضرورة تدخل عقد تحويل الفاتورة لتكتفي هذه المؤسسات بعملية النمو والتوسع، أما باقي العمليات الأخرى والمتعلقة بدراسة السوق ومدى يسار المتعاملين المشتريين والتمويل... فتعود للشركات المتخصصة في عقد تحويل الفاتورة.
- 3- عقد تحويل الفاتورة يشكل حزمة خدمات متعددة، فإن البحث عن القواعد الخاصة التي تحكم نظامه القانوني ، تشكل حجر الأساس الذي يركز عليه انتقال وتداول الحقوق التجارية بهدف بيان الدور الذي يلعبه في ظل التحولات الاقتصادية.

- أهداف الدراسة

تتمثل أهداف دراسة الموضوع في :

عقد تحويل الفاتورة عبارة عن مزيج بين عدة عقود كعقد الكفالة و عقد خصم الأوراق التجارية و عقود الضمان التقليدية إلا أن له سماته و خصوصيته التي ينفرد بها ،فهو عقد مركب يشمل مجموعة من العقود المدنية و التجارية .

تهدف الدراسة إلى بيان النظام القانوني لعقد تحويل الفاتورة من مفهومه ومميزاته وطبيعته وشروطه القانونية، إضافة إلى التطرق للجوانب الإجرائية في سبيل الخروج بصيغة مثلى للتعامل التجاري تغني عن الكثير من تلك العقود و تكفي لتحقيق غاية أكثر نفعاً.

– الإشكالية :

اعتمدت الكثير من الدول ومن بينها الجزائر العديد من البرامج التنموية للنهوض بقطاع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وذلك على عدة مستويات: التأهيل، التكوين، نظام المعلومات، القدرة على المنافسة... ونظراً لخصوصية هذا القطاع فإن مشكلة التمويل و تحصيل الديون التجارية تحتل مركز الصدارة ضمن مجموعة الصعوبات التي تواجهها المؤسسات.

العقد محل الدراسة قد يختلط و يتداخل مع طرق انتقال الحقوق كحوالة الحق و عقد الإنابة و عقد تجديد للالتزام في بعض عناصر النظام القانوني، و لذلك فان هذا التداخل يثير بالضرورة تساؤلات مهمة .

وانطلاقاً من المعطيات السابقة فإن الإشكالية تكمن في التساؤل التالي :

ما مدى فعالية عقد تحويل الفاتورة كتقنية تمويلية حديثة في علاج مشاكل

تحصيل الحقوق التجارية؟ وهل وفق المشرع الجزائري بإستحداثه لهذا العقد ؟

– المنهج المتبع في الدراسة:

للإجابة على الإشكالية المطروحة فقد إعتدنا على المنهج الوصفي من خلال جمع المعلومات المتعلقة بعقد تحويل الفاتورة و تنظيمها و توضيح وتمييز العلاقة بينه وبين ما يشابهه من العقود الأخرى ، بالإعتماد على التحليل و التصنيف للوصول إلى استنتاجات بشكل علمي منظم كما إستأنسنا بالمنهج المقارن في التشريعات بالإستناد على ما توصلت إليه التشريعات بشكل عام و التشريع الفرنسي بشكل خاص ، و مقارنتها بالتشريع الوطني ومعرفة أوجه الاختلاف و الشبه والقصور .

- صعوبات البحث:

ترجع صعوبات البحث بالنظر إلى قلة النصوص القانونية التي وضعها المشرع الجزائري والتي تعالج تنظيم أحكام عقد تحويل الفاتورة ، وكذا عدم وجود اجتهادات وأحكام قضائية ، بالإضافة إلى وجود نقاط تقنية متعددة خاصة في المسائل المالية والمحاسبية وهي تتوزع بين عدة اختصاصات مختلفة قانونية واقتصادية .

- الخطة :

لتحقيق الأهداف المتوخاة من البحث وللإجابة على الإشكالية المطروحة وفق منهجية تتلاءم مع طبيعة الموضوع قسمنا البحث إلى فصلين:

تناولنا في الفصل الأول النظام القانوني لعقد تحويل الفاتورة قسمناه إلى مبحثين:

- المبحث الأول يتناول: مفهوم العقد، مميزاته وطبيعته القانونية

- أما المبحث الثاني خصصناه لدراسة الشروط القانونية لعقد تحويل الفاتورة
- أما الفصل الثاني فجاء تحت عنوان: أثار عقد تحويل الفاتورة والذي قسمناه بدوره إلى مبحثين:
- يتناول المبحث الأول: إجراءات تحويل الحقوق التجارية.
- أما المبحث الثاني فيحمل عنوان متطلبات منح الائتمان و مخاطر إسترداده
- و أنهيت موضوع البحث بخاتمة تضمنتها ما توصلت إليه الدراسة من نتائج و اقتراحات

الفصل الأول: النظام القانوني لعقد تحويل الفاتورة

تتميز الأسواق بكثرة السلع والخدمات المتنوعة والمختلفة التي يعرضها مختلف الأعوان الاقتصاديين من مؤسسات اقتصادية كبيرة ومتوسطة وصغيرة الحجم ، تتنافس فيما بينها لتحقيق الأرباح، وإرضاء الزبائن، لكن تحقيق ذلك مسألة تتطلب التفكير والتخطيط ، بقصد اتخاذ القرارات الحاسمة والمتعلقة بالتوجه إلى السوق انطلاقاً من قاعدة أساسية يسير عليها كل متعامل اقتصادي وهي نجاح عملياته التجارية التي تعتمد على طبيعة العقد الذي يختاره.

من هنا يأتي دور عقد تحويل الفاتورة كنمط جديد من صور التعامل لتحقيق مستلزمات تمويل المؤسسات الاقتصادية ، خاصة وأن الغاية التي كانت وراء إنشائه هو حاجة هذه المؤسسات إلى السيولة النقدية اللازمة لتسيير نشاطاتها أو توسيعها.

ومن ثم فإن دراسة الجوانب القانونية لعقد تحويل الفاتورة، يشكل حجر الأساس في تحديد مفهومه ومميزاته الأساسية وكذا الوقوف للبحث عن الطبيعة القانونية للعقد وما يتضمنه من أحكام تختلف عن الأحكام العامة الخاصة بالعقود التقليدية.

ومن أجل أن نعطي لهذا الفصل أبعاده اللازمة والتي تمكننا من الإحاطة بكل جوانبه القانونية والتي تتلاءم مع طبيعة العقد ، نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في:

المبحث الأول: مفهوم عقد تحويل الفاتورة، مميزاته وطبيعته القانونية.

المبحث الثاني: الشروط القانونية لعقد تحويل الفاتورة.

المبحث الأول: مفهوم عقد تحويل الفاتورة، مميزاته وطبيعته القانونية.

من اهتمامات المؤسسات الاقتصادية سيما منها الصغيرة و المتوسطة، السعي للحصول على التمويل اللازم لنمو و ازدياد حجم نشاطها التجاري ، و على السيولة النقدية اللازمة لزيادة نسبة أرباحها ، إلا أن الصعوبة في هذا الصدد ، تثار في حالة عجز الواقع التجاري و المالي عن توفير القدر الكافي من وسائل التمويل و ضمان تحصيل الحقوق التجارية المستحقة للمشروعات التجارية في مواجهة عملائها، و على هذا فقد كانت مشكلة التمويل و عدم توفر الإمكانيات المادية مجالا خصبا لظهور بعض الوسائل العقدية غير التقليدية التي تساهم في حل هذه المشكلة و المتمثلة في عقد تحويل الفاتورة.

غير أنه ونظرا لحدثة العقد فإنه من الصعب بمكان الإتفاق حول مفهوم موحد له ، فهو يتميز ببعض الخصائص مما يجعله ينفرد بطبيعته من الدخول تحت الأشكال التقليدية للعقود المدنية والتجارية بهدف تحقيق أهداف إقتصادية معينة، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن تحديد الطبيعة القانونية له يعتبر ضرورة جوهرية لترسيخ المفهوم القانوني له وعدم خلطه بغيره من العقود المشابهة وذلك من خلال معرفة الأساس القانوني الذي يستند إليه.

وتفصيلا لما سبق ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي :

المطلب الأول: مفهوم عقد تحويل الفاتورة ومميزاته الأساسية.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقد تحويل الفاتورة

المطلب الأول: مفهوم عقد تحويل الفاتورة ومميزاته الأساسية.

قبل بيان الجوانب القانونية لعقد تحويل الفاتورة، فإنه لا بد من التعرض أولاً لتعريف هذا العقد وبيان مختلف صورته، ثم البحث عن المميزات الأساسية أو الخصائص التي ينفرد بها، وأخيراً سنقف عند تمييز عقد تحويل الفاتورة عن غيره من العقود المشابهة وفق الترتيب التالي:

الفرع الأول: تعريف عقد تحويل الفاتورة وأنواعه.

الفرع الثاني: خصائص عقد تحويل الفاتورة

الفرع الثالث: تمييز عقد تحويل الفاتورة عن غيره من العقود المشابهة.

الفرع الأول : تعريف عقد تحويل الفاتورة وأنواعه.

تعددت التعاريف التي تناولت عقد تحويل الفاتورة بالدراسة، كما تعددت صورته، تبعا لذلك سنقسم هذا الفرع على النحو التالي:

أولاً: تعريف عقد تحويل الفاتورة.

ثانياً: أنواع عقد تحويل الفاتورة.

أولاً: تعريف عقد تحويل الفاتورة.

بالرغم من أن العديد من التشريعات التجارية الحديثة أوردت تعريفاً لعقد تحويل الفاتورة في نصوصها القانونية وبصورة صريحة، إلا أن ذلك جاء لاحقاً لإتجاه بعض الفقهاء والمتعاملين الاقتصاديين الذين حاولوا بشكل مستمر إعطاء تعريف للعقد بشكل يتلاءم مع أهميته، غير أنه وقبل التعرض إلى هذه التعاريف، فإنه لا بد من التعرض إلى المعنى اللغوي للعقد وترجمته من اللغة الأصلية إلى اللغة العربية على النحو التالي:

1- التعريف اللغوي لعقد تحويل الفاتورة :

عقد تحويل الفاتورة كما عبر عنه المشرع الجزائري، أو عقد استخلاص الديون التجارية¹ أو عقد الفاكورنج²، هو ترجمة للمصطلح الإنجليزي «Factoring»، غير أننا لا نجد له تسمية مقابلة في اللغة الفرنسية، لذا يستعمل بعض الفقهاء والباحثون الفرنسيون ذات التسمية الإنجليزية أو تسمية «Contrat d'affacturage» عملاً بما ورد في لائحة التعريف بالمصطلحات الإقتصادية والمالية الفرنسية بتاريخ 1973/11/29³

وبما أن كلمة فاكورنج ترد بحروف عربية مطابقة لنطق الكلمة باللغة الإنجليزية Factoring فإنه للتعرف على معناها يلزم الرجوع إلى أصل الكلمة وإطلاقها في لغتها الأصلية حتى تتمكن من الخروج بترجمة عربية مناسبة للعقد بشكل يحدد حقيقته.

فالرجوع إلى أصل كلمة "Factor" فإنها تترجم إلى (عنصر، عامل، وكيل، خصم، مؤسسة تشتري أو تخصص ديون التجار....)، ومنها جاءت كلمة فاكورنج بمعنى شراء حسابات القبض بخصم أو خصم الديون أو شراء حسابات العملاء⁴.

فبالنظر إلى هذه المعاني اللغوية فإنها تدور حول شراء مؤسسة فواتير أو حسابات أو مستندات من شخص أو مؤسسة تتيح قبض مبلغ دين على شخص آخر⁵، وبذلك يظهر المعنى اللغوي للعقد في أنه "شراء أو بيع دين" ذلك أن الشركة لا تشتري المستندات أو الفواتير أو الحسابات ذاتها وإنما تشتري ما تتضمنه من ديون مستحقة في ذمة مشتري البضاعة.

¹ كما عبر عنه المشرع التونسي بموجب القانون رقم 01-91 المؤرخ في 07 أوت 2001 المتعلق بشركات استخلاص الديون

² كما عبر عنه المشرع اللبناني بموجب المرسوم رقم 13513 المؤرخ في 01-08-1963 المتعلق بنظام المؤسسات المالية

³ نادر عبد العزيز شافي: عقد الفاكورنج Factoring Contrat - عقد شراء الديون التجارية-، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2005، ص 37.

⁴ تحسين فاروق الناجي: قاموس المصطلحات مصارف المال والاستثمار، الأكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية، (د-د-ن) - حرف: ف 1997، ص 1.

⁵ محمد عبد الحليم: "الفاكورنج" إدارة وبيع الديون التجارية بين الواقع و المنظور الإسلامي مجلة مركز صالح كامل للإقتصاد الإسلامي، جامعة الأزهر، القاهرة، العدد 29، 2003، ص 4.

2- التعريف الفقهي لعقد تحويل الفاتورة :

تعددت التعاريف التي وضعها بعض الفقهاء الذين تناولوا دراسة العقد والتي يتبين منها رغم تقاربها عدم توصلها إلى وضع تعريف موحد للعقد، فيصفه بعض الفقهاء الفرنسيين كالفقيه "Schmithnaff Clive" بأن جوهر العقد هو "قيام بيت للوكالة بالاتفاق مع تاجر تصدير على إعفائه من المتاعب المالية لنشاط التصدير خاصة تحصيل الثمن من المشتريين بحيث يتفرغ التاجر للإدارة الحقيقية لمنشأته"¹، أما الأستاذ Sussefeld فقد عرفه بأنه: "نشاط تجاري مالي بحيث تقوم الشركة أساسا بالشراء فورا من المنتجين للسلع الإستهلاكية حقوقهم على زبائنهم التجار"² فالملاحظ على هذه التعاريف أنها بسيطة جدا، حيث تعطي فكرة للعقد دون أن تتعرض لجوانب عديدة له.

ويعرفه الفقيه الفرنسي "Yves Reinhard" بأنه "عملية يتنازل فيها شخص عن قروضه لمؤسسة تتكفل مقابل أجر بتحصيلها و ضمان و فائها في حالة إفلاس المدين"³، غير أنه لا يمكن اعتماد هذا التعريف لأنه يقصر نشاط المؤسسة على تحصيل الديون التجارية بينما نشاطها يمتد إلى خدمات أخرى تقدمها المؤسسة، هذا من جهة و من جهة أخرى فإن هذا التعريف يجعل ضمان المؤسسة بالوفاء يكون في حالة إفلاس المدين فقط بينما تلزم المؤسسة بوفاء قيمة الديون قبل مواعيد استحقاقها و قبل تصور إفلاس المدين أصلا .

ويذهب الفقيه الفرنسي "Jean Guyénot" في تعريفه لعقد تحويل الفاتورة إلى انه "عقد يتكفل بواسطته شخص يمارس هذا العمل بصورة مهنية وبصيغة متخصصة أمام تاجر بتسديد قوائمه التي ضمن سدادها مقابل عمولة أو فائدة"⁴، ويعاب على التعريف انه عبر عن التزام

¹ محمد الطاهر بلعيساوي: الوجيز في شرح الأوراق التجارية، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 254.

² « C'est une activité à la fois commerciale et financière qui consiste essentiellement pour le factor à acheter ferme aux producteurs de bien de consommation leurs créances sur leurs clients commerçant, Louis Edmond Sussefeld : le Factoring, P.U.F, 1968, P 07.

³ Reinhard Yves : Jurisprudence générale, Dalloz tome, paris, 1987, p 258.

⁴ عمار حبيب جهلول : عقد خصم الديون دون حق الرجوع ، دار نيور للطباعة و النشر و التوزيع ، بغداد ، العراق ، 2011، ص 24.

مؤسسة خصم الديون بأنه عقد كفالة ، كما يؤخذ عليه اعتماده لمصطلح تاجر الأمر الذي يثير الخلط فيما إذا كان هذا العقد يبرم مع التاجر الدائن أم التاجر المدين.

أما جمهور الفقهاء الأنجلوساكسونيين فيعتبرون أن جوهر عقد تحويل الفاتورة هو: "قيام مؤسسة متخصصة بالاتفاق مع تاجر على إعفائه من المتاعب المالية لنشاط التصدير، وبخاصة تحصيل الثمن من المشتري في الدول الأخرى، بحيث يتخلى التاجر أو المؤسسة الإقتصادية عن حقه لتحصيل الديون التجارية مقابل فائدة أو عمولة أو حسم جزء من الثمن يتم الإتفاق عليه بين الطرفين"¹، ويبدو هذا التعريف أكثر دقة إلا أن اعتماده كتعريف جامع غير ممكن لأنه ينظر إلى العقد كوسيلة لتسهيل و تحويل الصادرات دون النظر إليه على الصعيد الداخلي .

كما يطرح الأستاذ "الخويلدي" تعريفا مفاده أن قوام العقد هو "إتفاق تلتزم بموجبه مؤسسة خصم الديون على سداد مجموعة من الديون محملة على عملاء التاجر مقابل إحالة هذه الديون إليها مع خلاص الفوائض و العمولات"²

إلا أن هذا التعريف و إن بدا مقبولا بالنسبة لسداد الديون و حوالتها للمؤسسة ،فانه لا يتناسب مع مقتضيات العقد ،فهذا التعريف لا يبتعد عن عقد خصم السندات التجارية، إضافة إلى انه لا يتناول مسألة عدم الرجوع على البائع التاجر في حالة عدم قدرة مؤسسة الخصم على تحصيل قيمة هذه الديون من المدين.

بينما يستعمل الأستاذ علي جمال الدين عوض مصطلح "وكالة تسويق" وقوامه " أن الوكيل يدفع للعميل قيمة الفاتورة التي تمثل حقه لدى المشتري ويحل محله في هذا الحق، و إذا لم يدفع المشتري للوكيل لم يكن لهذا الأخير أي رجوع على العميل فهو الذي يتحمل كمبدأ عام هذا الخطر"³.

¹ نادر عبد العزيز شافي : المرجع السابق، ص 36.

² عبد الستار الخويلدي : خصم الديون ، مجلة الدراسات المالية و المصرفية ، المجلد الخامس ، العدد 2 ، ص 39

³ علي جمال الدين عوض: عمليات البنوك من الوجة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998، ص 643.

الفصل الأول: النظام القانوني لعقد تحويل الفاتورة.

الملاحظ على هذا التعريف أنه تعريف لا يؤدي المعنى الحقيقي لمفهوم العقد، ويظهر القصور في التسمية نفسها، فعقد الوكالة يختلف في جوهره عن عقد تحويل الفاتورة، ذلك أن الوكيل هو مجرد وسيط أو ممثل أو نائب للموكل يتعامل باسم هذا الأخير ولحساب مصلحته، أما أساس عقد تحويل الفاتورة فهو انتقال ملكية الحقوق التجارية إلى الشركة المتخصصة، بالإضافة إلى أن مصطلح التسويق الذي جاء به هذا التعريف لا نجد له مكانا في قوام عقد تحويل الفاتورة.

إذا فكل هذه التعريفات عجزت عن إعطاء تعريف دقيق للعقد إذ لم توفق في ضم جميع الخدمات التي تقدمها الشركة الفاكتر، فكلها جاءت تقريبا تعريفات ناقصة ومفاهيم مبهمه ولا تستغرق كامل مدلولات العقد.

وإذا انتقلنا من التعريفات الفقهية نجد إحدى المؤسسات المتخصصة في عقد تحويل الفاتورة وهي مؤسسة "Finagios"، وهي مؤسسة فرنسية رائدة في مجال شراء وتحصيل الحقوق التجارية تعرف هذا العقد على أنه: "اتفاقية تلتزم بموجبها مؤسسة متخصصة بتسيير حسابات المؤسسات الإقتصادية عن طريق تلقي وضممان ديونها مع تحمل الخسائر المحتملة في حالة رفض المدينين المعسرين عن الوفاء، وهذا ما تمكن المؤسسات الإقتصادية من تحسين ميزانيتها، وتخفيض مصاريف التسيير".

وقد اعتبر بنك فرنسا في تعليمة مؤرخة في 21 أكتوبر 1973 بأن عقد تحويل الفاتورة "يعمل على نقل الحقوق التجارية من صاحبها إلى الفاكتر الذي يتكفل بتحصيلها، ويضمن النهاية الحسنة حتى في حالة التخلف المؤقت أو الدائم للمدين، ويستطيع الفاكتر تسوية كل أجزء من مبالغ الحقوق المنقولة"¹، أما الغرفة الوطنية للمستشارين الماليين الفرنسيين فقد عرفته على أنه:

¹ « L'affacturage : consiste un transfert de créances commerciales de leur titulaire a un factor qui se charge d'en operateur le recouvrement et qui se charge d'en operer le recouvrement et qui en garantit la bon fin , même en cas de défaillance momentanée ou permanant du débiter, le factor peut régler par anticipation tout on partie du montant des créance transfert » Pierre Marazzato : "l'affacturage international et la convention d'Ottawa", mémoire de (DESS), Université de Rêne Descartes, faculté de droit, 1998, P 09.

"نقل الحقوق التجارية من صاحبها إلى الفاكور الذي يتكفل بالتحصيل، ويضمن النهاية الحسنة حتى في حالة إفلاس المدين مقابل حصول الفاكور على عمولة"¹.

أما شركة Egypt. factor المصرية فقد عرفت العقد على أنه: "أداة مالية تجارية تباع بموجبها الشركات أوراق القبض (الفواتير على سبيل المثال) إلى طرف ثالث (المخصم) في مقابل مبالغ نقدية فورية والتي يتم بها تحويل عمليات تجارية مستمرة، وبعبارة أخرى فإن هذا العقد هو وسيلة للحصول على تمويل قصير الأجل لزيادة دورة التدفق النقدي مع تحسين السيولة فضلا عن تحقيق الربحية".

فهذه التعريفات ورغم طابعها التجاري والإشعاري، إلا أننا نجد أنها أقرب إلى الجوانب التطبيقية أو العملية لعقد تحويل الفاتورة، وأقرب في حقيقتها من بعض التعاريف الفقهية الأخرى.

3- التعريف القانوني لعقد تحويل الفاتورة :

يندرج عقد تحويل الفاتورة ضمن العمليات الائتمانية المصرفية، ففي فرنسا يعد هذا العقد تقنية حديثة من الخدمات المالية والتجارية تقوم به مؤسسات متخصصة، كما أنه يعد عملية جديدة أوجدها ذوي الخبرة المصرفية لإكمال نظام خصم السندات التجارية من أجل خصم السندات أولا، وبما يحقق قيام المؤسسات المصرفية بخدمة متكاملة.

وفي البداية لم يكن نجاح عقد تحويل الفاتورة بالمستوى الذي كان يتوقعه واضعي قانون إصلاح ائتمان المؤسسات الصادر في 1967/09/28، إلا أن القانون الصادر في 1981/01/12 المعدل بالقانون رقم 1223-2000 المؤرخ في 16 ديسمبر 2000 المتعلق بنشاط المؤسسات الائتمانية و رقابتها أدى إلى ترسيخ قانوني وفعلي للعقد².

¹ عبد القادر البقيرات : القانون التجاري الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012، ص 173.

² Juan Claudi Grosliere : Escompte, Répertoire de droit, commerciales, Dalloz, 1988, N°10, P2.

وقد عرف المشرع الفرنسي العقد في اللائحة المتعلقة بتعريف المصطلحات الإقتصادية والمالية بتاريخ 1973/11/29 بأنه: "العقد الذي بمقتضاه تتحقق عملية الإدارة المالية لحسابات عملاء المشروعات، عن طريق تملك هذه الحقوق، وتحصيلها لحساب المحصل الخاص، كما يتحمل الخسائر المحتملة إذا كان هذا التعامل مع عملاء معسرين، كما يسمح العقد بتقليل النفقات الإدارية لقاء إعطاء المحصل عمولة"¹.

في حين نجد أن المشرع المصري استعمل مصطلح آخر وهو: "عقد التخصيم" بموجب نص المادة الأولى من قرار مجلس الوزراء رقم (03-1446) المعدل بالقرار رقم (07-162) المؤرخ في 25 يناير 2007 المتضمن شروط وضوابط ممارسة نشاط التخصيم، وقد أعطى المشرع المصري تعريف للعقد على أنه: "مجموعة الخدمات المتكاملة التي تشمل الإستعلام عن المشتري المحتمل (المدين) وتقويم أوضاعه المالية والتجارية، وكذا إدارة الحسابات الآجلة وتحصيل الأرصدة المستحقة في موعدها أو تعجيل سدادها وفق ما يتم الإتفاق عليه، وهو عبارة عن عقد بين شركة التخصيم والبائع تشتري بموجبه الشركة الحقوق النقدية قصيرة الأجل للبائع دون حق الرجوع عليه عادة في حالة إفلاس المدين وعدم مقدرته على السداد"².

أما المشرع التونسي فعبر عنه باستعمال عبارة "عقد استخلاص الديون" بموجب القانون رقم (98-04) المؤرخ في 02 فيفري 1998 المعدل بالقانون رقم (01-91) المؤرخ في 07 أوت 2001 المتعلق بالأحكام الخاصة بشركات استخلاص الديون وشروط ممارستها وميدان نشاطها³، غير أنه لم يضع تعريفا للعقد، واكتفى في نص المادة 03 منه على أن غرض هذه الشركات هو شراء الديون التجارية لحسابها الخاص وكذا استخلاص الديون لحساب الغير.

4.- موقف المشرع الجزائري:

تناول المشرع الجزائري القواعد القانونية لتنظيم عقد تحويل الفاتورة ضمن الفصل الثالث من الكتاب الرابع من القانون التجاري تحت عنوان "السندات التجارية"، ومن أجل دراسة أحكام هذا

¹ نادر عبد العزيز شافي: المرجع السابق، ص 35.

² جريدة الوقائع المصرية، المؤرخة في 6 سبتمبر 2003، العدد 202، ص 4.

³ دفتر شروط ممارسة الشركات استخلاص الديون التونسي منشور على الموقع الإلكتروني: www.impots.finances.gov.Tn

العقد، فإنه لا بد من تحديد السندات التجارية أولاً، وبيان خصائصها لنرى فيما إذا كانت طبيعة العقد تنصرف إلى النصوص المنظمة للسندات التجارية.

4-1- تحديد السندات التجارية:

لم يعرف المشرع الجزائري السندات التجارية و إنما اكتفى بتنظيم أحكامها تنظيمًا مراعيًا فيه الغايات التي وضعت هذه السندات لخدمتها، ولقد تعددت تعاريف الفقهاء للسندات التجارية و ذلك طبقًا للزاوية التي ينظر منها كل فقيه، فمنهم من اعتمد في تعريفه لها على الوظيفة الأساسية التي تؤديها هذه السندات ألا و هي القيام مقام النقود في المعاملات التجارية، ومنهم من اعتمد في تعريفه لها على الشكل الذي يجب أن تصب فيه البيانات المنصوص عليها في القانون¹، ومن هذه التعاريف نجد:

تعريف الفقيه الفرنسي "Gorge Ribord Ronnie" الذي عرف السندات التجارية بأنها: "سند مكتوب ووفقاً لأوضاع قانونية محددة، تتضمن التزاماً بدفع مبلغ معين من النقود في وقت معين أو قابل للتعين، وتنتقل الحقوق الثابتة فيها بطريقة التظهير أو المناولة، ويقبلها العرف التجاري كأداة لتسوية الديون بسبب سهولة تحويلها إلى نقود"².

وفي تعريف آخر لأحد الفقهاء "السندات التجارية عبارة عن صك مكتوب وفق شكل حدده القانون، يتضمن التزاماً بدفع مبلغ معين من النقود ويستحق الأداء بمجرد الاطلاع أو في أجل قصير، وهو قابل للتداول بالطرق التجارية و يقبله العرف كأداة للوفاء يقوم مقام النقود"³

و هناك من عرفها بأنها "وثائق شكلية محررة بصيغ معينة لتثبيت دين محدد بمبلغ معين من النقود ذي أجل قصير عادة يتعهد فيها الموقع أو يأمر شخص آخر لأدائه إلى شخص ثالث

¹ الواسعة زرارة صالح: أحكام السندات التجارية و طرق تداولها في القانون التجاري الجزائري، دار نوميديا، قسنطينة، الجزائر، 2012، ص 6

² عبد القادر البقيرات، المرجع السابق، ص 07.

³ عزيز العكيلي: شرح القانون التجاري - الأوراق التجارية وعمليات البنوك-، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2002، ص 06.

مسمى أولى من يأمر به هذا الأخير أو إلى حاملها ، وهذه السندات تكون قابلة للتداول ، و بالتالي ينتقل الحق الثابت فيها إلى الغير بالتظهير أو المناولة"¹.

وعلى الرغم من اختلاف هذه التعاريف إلا أن أغلبها يدور حول خصائص معينة لا بد من توافرها في السندات التجارية ، و بالرجوع إلى الآراء الفقهية و كذا بعض النصوص القانونية الواردة في القانون التجاري الجزائري و المنظمة للسندات التجارية يمكن تعريفها على أنها:

"سندات مكتوبة وفق أشكال و بيانات محددة في القانون ، يتعهد بمقتضاها المدين أو يأمر مدينه بدفع مبلغ معين من النقود لصالح أو لأمر المستفيد وذلك لدى الاطلاع أو لأجل معين أو قابل للتعين في مكان معين أو قابل للتعين ، كما يمكن نقل الحق الثابت بها من شخص إلى آخر و ذلك عن طريق التظهير"²، فالسند التجاري إذا محرر مكتوب وفقا لأوضاع شكلية يحددها القانون، قابل للتداول بالطرق التجارية ونعني بها التسليم والتظهير l'endossement ، ويمثل حقا موضوعه مبلغ من النقود يستحق الوفاء بمجرد الإطلاع أو في ميعاد معين أو قابل للتعين.

كما أن الوظيفة الأساسية للسندات التجارية هي كونها أداة ائتمان ووفاء، على اعتبار أن للأجل في المعاملات التجارية أهمية بالغة كما يعتبر من دعائم تسهيل المعاملات التجارية

وقد نظم المشرع الجزائري النصوص المنظمة للسندات التجارية ضمن الكتاب الرابع من القانون التجاري الصادر بموجب الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 05-02 المؤرخ في 06 فيفري 2005 ، فخصص الباب الأول للسفينة المواد من (389-462) والسند لأمر المواد من (465-471) أما الباب الثاني فخصصه لتنظيم الأحكام المتعلقة بالشيك المواد من (472-543).

ولم يقتصر المشرع الجزائري على اعتبار سندات تجارية، تلك السندات التقليدية التي انتشر صيتها في السوق وفي معاملات التجار سواء على الصعيد الداخلي أو الخارجي، بل أضاف

¹ أكرم يمالكي: الأوراق التجارية وفقا لاتفاقية جنيف و العمليات المصرفية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2001، ص 09.

² الواسعة زرارة صالح: المرجع السابق ، ص 18-19.

سندات أخرى وهذا بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 أبريل 1993¹ المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 05-02 المؤرخ في 6 فبراير 2005² المتضمن القانون التجاري الجزائري، ويتعلق الأمر بسند الخزن من المواد (543 مكرر 1-543 مكرر 7) وسند النقل من المواد (543 مكرر 8-542 مكرر 13)، وعقد تحويل الفاتورة من المواد (543 مكرر 14 - 543 مكرر 18)³ وما يميز هذه السندات أنها قابلة للتظهير كلها سواء السفوحة طبقا للمادة 396 وما يليها أو السند لأمر طبقا للمادة 396 وما يليها، أو الشيك طبقا للمادة 485 وما يليها، و سند الخزن طبقا للمادة 543 مكرر 2، وكذا سند النقل طبقا للمادة 543 مكرر 8 و ما يليها.

ويبقى تساؤل مهم جدا ينبغي الإجابة عليه وهو: لماذا أدرج المشرع الجزائري عقد تحويل الفاتورة في الفصل المتعلق بالسندات التجارية "Les Effets De Commerce" فهل يعتبر هذا العقد سندا تجاريا، وبالتالي يخضع في تنظيمه للأحكام الخاصة بالسندات التجارية؟ وهو سؤال نفضل التريث في الإجابة عليه إلى غاية دراسة تعريف المشرع الجزائري لهذا العقد ومعرفة إذا ما كانت أحكامه تنطبق مع أحكام السندات التجارية أم لا؟.

4-2 النص على عقد تحويل الفاتورة ضمن السندات التجارية:

عرف المشرع الجزائري عقد تحويل الفاتورة في المادة 543 مكرر 14 من القانون التجاري على أنه: "عقد تحل بمقتضاه شركة متخصصة تسمى "وسيط" محل زبونها المسمى "المتلمي" عندما تسدد فورا لهذا الأخير المبلغ التام لفاتورة لأجل محدد ناتج عن عقد، وتتكفل بتبعية عدم التسديد وذلك مقابل أجر"⁴.

يتبين من خلال هذا التعريف أنه بواسطة العقد تلتزم الشركة الوسيط بالتسديد لصالح عميلها المتلمي لحقوق ثابتة بفواتير يملكها هذا الأخير على مدينيه، وهذا عن طريق تحويل هذه

¹ ج ر عدد : 27. المؤرخة في 27-04-1993، ص 3.

² ج ر عدد: 11 المؤرخة في 09-02-2005، ص 08.

³ محمد الطاهر بلعيساوي: المرجع السابق، ص 17

الحقوق من ذمة المنتمي إلى ذمة الوسيط وذلك مقابل أجر¹، إذا فالمرشع الجزائري لجأ إلى تقنية العقد لتأطير إرادة الأطراف وكمصدر للتعبير عنه.

غير أن ما يلاحظ هو أن هذا التعريف لا يعبر عما يتضمنه عقد تحويل الفاتورة من خدمات تقدمها الشركة الوسيط لعملائها المنتمين وأوجه ذلك:

1.2.4 - الخطأ في ترجمة التسمية :

بالرجوع إلى نص المادة السالفة الذكر، نلاحظ أن المرشع الجزائري لم يتحرر الدقة في ترجمة تسمية العقد، بحيث نلمس تناقض بين تسمية العقد باللغة العربية وباللغة الفرنسية، فالمواد من 543 مكر ر 14 - 543 مكرر 18 من القانون التجاري وردت تحت عنوان "عقد تحويل الفاتورة" باللغة العربية، في حين أنها وردت في الترجمة باللغة الفرنسية تحت عنوان **affacturage** ومن خلال المقارنة بين النصين فإن المرشع الجزائري أكد على الطابع الإتفاقي للعقد رغم استعماله لمصطلح تحويل الفاتورة، إلا أن هذا المصطلح معيب فالتسمية التي منحها المرشع غير صائبة لأن قوام عقد تحويل الفاتورة لا يقتصر على مجرد تحويل فاتورة مثبتة للحقوق التجارية بين المنتمي و مدينه إلى الشركة الوسيط ، بل إن أثر العقد يمتد ليشمل مجموعة من الخدمات تعنى بإدارة المديونيات، وبالتالي فإن ما يلاحظ هو عدم تطابق تسمية العقد نفسه مع حقيقته القانونية وعدم استغراق التسمية لكامل مدلولات العقد، فإلى جانب تسديد الشركة الوسيط للحقوق الثابتة بالفواتير تلتزم كذلك بتسيير الحسابات وذلك بتحصيل حقوق المنتمين وضمان حسن نهايتها حتى في حالة إعسار المدين وهو ما عبر عنه المرشع الجزائري بعبارة "تحمله تبعة عدم التسديد". بموجب المادة 543 مكرر 14 ق ت ج.

فعقد تحويل الفاتورة ليس فقط وسيلة للتمويل وإنما كذلك تقنية للتسيير التجاري يختلف فيها امتداد خدمات التسيير هذه من تقديم المعلومات وتحصيل الحقوق التجارية ومسك الحسابات

¹ Fadhila- Slami Sahri : " le Factoring : technique de recouvrement des créances d'après le décret législatif 93/08 de 25/04/1993 " (R.A.S.J.E.P) N°2, 1995, P 121.

من منتمي إلى آخر¹، وهو ما دفع البعض من الفقهاء إلى اعتبار العقد بمثابة إيجار لخدمات متنوعة أي أنه معد لاحتواء أو تنظيم سلسلة من العمليات، لذلك يسمى عادة هذا العقد بالإتفاق الإطار (Contrat Cadre)².

4-2-2 عدم تحري الدقة في اختيار المصطلحات:

بالرجوع إلى المادة 543 مكرر 14 من القانون التجاري نجد أن المشرع جعل من مصطلح الفاكور (Factor) "وسيط" والدائن "منتمي"، ونتساءل عن استعماله لهذه التسميات وغرابتها فمحصل الحقوق أو Factor ليس وسيطا ذلك أن الوسيط يتعامل بإسم ولحساب الغير، بينما يتعامل الفاكور Factor بإسمه ولحسابه الخاص وبالتالي فهو طرف أصيل في العقد وليس مجرد وسيط، أما الدائن فلا نتفهم لماذا سماه المشرع الجزائري بالمنتمي فهذا اللفظ أقل ما يقال عنه أنه غريب، رغم احتفاظ المشرع بترجمة صحيحة في اللغة الفرنسية أي Adhérent.

4-2-3 التأثير بالقانون الفرنسي و البلجيكي:

إن تناول المشرع الجزائري لعقد تحويل الفاتورة في الفصل الثالث من القانون التجاري تحت عنوان "السندات التجارية"، لا يدع مجالا للشك في أنه اعتبر عقد تحويل الفاتورة من السندات التجارية، في حين يتعلق الأمر بعملية شراء للحقوق التجارية تسمح للمؤسسة أو مقدم الخدمات بتحويل حقوقه التي يملكها على مدينه لشركة متخصصة، فعلاقة ثلاثية كهذه لا تمكن أن تعتبر سندا تجاريا، وإنما بالمقابل يمكن اعتبار الفاتورة "la facture" كأساس لهذه العملية كسند تجاري، كما فعل المشرع الفرنسي بتجسيده لمفهوم الفاتورة القابلة للإحتجاج « la facture »³ protestable. بالصفة التي تظهر بها الفاتورة على أنها هي السند التجاري وليس عملية تحويل

¹ نادر عبد العزيز شاني: المرجع السابق، ص25.

² « L'affacturage donne lieu quasi, systématiquement à la rédaction d'une convention cadre qui précise les droits et l'obligation des parties » Dominique Legeais : « Affacturage », J.C, (Banque et crédit), FAS 361, N° 5, 2002, P2.

³ Rachid Zouaimia : « Remarque critique sur la technique du factoring en droit algérien », R.A.S.J.E.P, Alger, N°1, 2007, P114.

الفاتورة، وقد تم النص على الفاتورة القابلة للإحتجاج بموجب الأمر رقم (67-838) المؤرخ في 28-12-1967 المعدل بموجب القانون رقم 81-02 المؤرخ في 02-05-1981 المتضمن إصلاح القروض الممنوحة للمؤسسات حيث اعتبر المشرع الفرنسي أن هذه الفاتورة وسيلة قانونية لتجسيد " قرض تداول الحقوق التجارية " (CMCC) **Crédit Mobilier Créances Commerciales**.

وقد كان هدف واضعي هذا القانون تعويض السفوحة بفاتورة تملك نفس القوة في الإثبات، ومن أهم خصائص هذه الفاتورة أنه تمكن تقديمها للمدين الذي يرفض الوفاء وتثير ما يسمى بالإحتجاج أي الإثبات الرسمي لهذا الرفض، كما أنها تتضمن إلزاميا الإشارة إلى طريقة الوفاء وتاريخه وفي حالة تخلف هذه البيانات يكون للمدين إبداء التحفظات ضمن شروط حددها القانون،¹ وقد أثار هذا النظام جدلا فقهيًا في فرنسا انتهى إلى اعتبار الفاتورة القابلة للإحتجاج سند تجاريا، رغم عدم قابليتها للتداول بالتظهير، ورغم عدم احتوائها على شرط الأمر، ويعود ذلك إلى أن مفهوم السند التجاري ليس فئة قانونية محددة حسب القانون الفرنسي.²

وإذا كنا نبحت عن الآلية القانونية التي اعتمدها المشرع الجزائري في عقد تحويل الفاتورة نجد أنه قد أخذ من المشرع الفرنسي تصنيف الفاتورة القابلة للإحتجاج ضمن فئة السندات التجارية رغم عدم قابليتها للتداول بالطرق التجارية، لذلك يرى البعض إستحداث تعديلات على القانون التجاري الجزائري، كما إقترح ذلك الأستاذ رشيد زوايمية، وذلك إما بالنص صراحة على الفاتورة القابلة للإحتجاج "la Facture Protestable" تحت الفصل الثالث من الباب الرابع، وإدراج الأحكام الخاصة بعقد تحويل الفاتورة في فرع تحت الفصل الثالث بعنوان "في انتقال الفاتورة القابلة للإحتجاج" أين يتم تنظيم مختلف العلاقات بين أصحاب الحقوق التجارية والمستفيدين، وإما أن تنظم الفاتورة القابلة للإحتجاج في القانون التجاري في الباب المتعلق

¹ Pierre Jude : Technique et pratique du factoring, Clet Editions Banque, Paris, 1984, P 157-158

² Michel Jantin : droit commercial, Patty, Dalloz, 2003, P 131.

بالسندات التجارية وينظم عقد تحويل الفاتورة في قانون خاص على غرار عقد الإعتماد الإيجاري¹ (leasing)

وزيادة على هذا الاتجاه، نجد المشرع البلجيكي الذي يعتمد على فكرة تظهير الفاتورة (l'endossement des factures)² المنظم بموجب القانون رقم 94-56 المؤرخ في 06-07-1994 المتعلق بتظهير الفاتورة، والذي اقتبس منه المشرع الجزائري التسمية والتصنيف ضمن السندات التجارية، مع اختلاف بارز وهو أن عقد تحويل عبارة عن عقد وليس مجرد فاتورة فقط.

وهنا يلاحظ أن المشرع الجزائري قد مزج بين نظامين مختلفين لتحصيل الحقوق التجارية فمزج بين نظام الفاتورة القابلة للإحتجاج la Facture Protestable المعروف في القانون الفرنسي، وبين نظام تظهير الفاتورة l'endossement des factures المعروف في القانون البلجيكي هذا من جهة، وبين عقد تحويل الفاتورة Factoring من جهة أخرى.

ضف إلى ذلك فإن ما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه تبني اتجاه مخالف تماما لما هو دارج في التشريع المقارن عندما صنف هذا العقد ضمن السندات التجارية، فإذا كان من الممكن قبول السفتحة-السند لأمر والشيك. كسندات تجارية، فإنه من الصعب قبول عقد تحويل الفاتورة كسند تجاري لأنه لا يمكن تداوله بالطرق التجارية المألوفة في السندات التجارية.

وبذلك فإن المشرع الجزائري لم يتحرر الدقة في تنظيم هذا العقد فمن المتعارف عليه أن عقد الفاكنتورنغ ليس سند تجاري، وبالتالي فإن النص عليه ضمن فئة السندات التجارية جاء نتيجة التأثير بالقانون الفرنسي أو القانون البلجيكي³، ثم إن عقد تحويل الفاتورة عقد ائتماني ذو طابع خاص، فحتى لو أن ملكية الحق التجاري تنتقل لصالح الشركة الوسيط إلا أن طبيعة الانتقال هذه تختلف عن انتقال الحق في السندات التجارية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن هناك مبدأ

¹ R- Zouaimia, Op. Cit, P 115.

² « Toute créances nées d'activité professionnelle, commerciales ou civiles, et qu'il est d'usage de constater par une facture peut être cédée par endossement de cette facture » loi de l'endossement des factures, n : 94-56 du 06-07-1994 publiée le 15-07-1994.

³ الكاهنة أرزيل: "عقد تحويل الفاتورة والمؤسسات الاقتصادية"، ملتقى وطني حول "دور عقود الأعمال في تطوير الاقتصاد الجزائري"، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ماي 2012، ص 09.

رئيسي يحكم هذا العقد وهو عدم إمكانية أو قابلية رجوع الشركة الوسيط على المنتمي في حالة عدم تحصيل الحقوق التجارية من طرف المدين، أي عدم قيامه بالوفاء لصالح الشركة الوسيط عند حلول أجل استحقاق الديون، بينما حق الرجوع على الساحب يعتبر من الحقوق الرئيسية التي تحكم التجارية¹.

ولذلك يطرح التساؤل عن سبب إدراج المشرع الجزائري لهذا العقد في الفصل المتعلق بالسندات التجارية، فالأحكام التي تنظم هذه الأخيرة تختلف تماما عن طبيعة عقد تحويل الفاتورة، فكان جليا بالمشرع أن يعتبر هذا العقد عملية من العمليات المصرفية وينظمه بموجب عقد خاص به.

كما أن عجز التعريفات التي أدرجناها ومنها التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري في إستيعاب وحصر كامل جوانب العقد، إنما يرجع إلى تعقيد هذا الأخير كونه عقد مركب يشمل مجموعة من العقود ضمن ما يعرف في الفقه بالإتفاق الإطار "Contrat Cadre"²، بالإضافة إلى ذلك فإن أحكام العقد ليست في باب واحد من أبواب القانون، بل إن جذوره في القانون المدني وأغصانه وتطبيقاته في القانون التجاري والبنكي، وبصفة عامة في قانون الأعمال، وهذا يشكل صعوبة في الإحاطة بكامل مدلولات عقد تحويل الفاتورة.

إذا وعلى الرغم من وجود بعض الفوارق المتعلقة بالتفاصيل بين هذه التعريفات، إلا أنها تظهر لنا بجلاء ارتباط الوفاء بقيمة الفواتير و تحصيل قيمتها بنقل ملكية الحقوق الثابتة فيها لمصلحة جهة الشراء مما يعني بأن العملية تمثل في جوهرها نقلا لهذه الحقوق بمقابل، و هو ما دفع بالرأي الراجح في الفقه إلى تسمية العقد "بعقد شراء الحقوق التجارية"³، إذا وبالاعتماد على ما تقدم سواء تعلق الأمر بالآراء الفقهية السابقة، وتعريف المتعاملين الإقتصاديين وكذا النصوص القانونية الخاصة بالتشريعات المقارنة أو مانص عليه المشرع الجزائري، يمكن تعريف عقد تحويل الفاتورة بأنه عبارة عن :

¹ أنظر المادة 432 ق ت ج.

² نادر عبد العزيز شاتي: المرجع السابق، ص 37.

³ محمد ذكري عبد الرازق: عقد شراء فواتير الديون التجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 23.

"إتفاق بين الشركة وسيط (كما عبر عنها المشرع الجزائري) عبارة عن مؤسسة مالية أو بنك تجاري تتوافر لديه هذه الخدمة مع عميلها (المنتمي) عادة ما يكون عبارة عن مؤسسة صغيرة أو متوسطة الحجم، تقدم بموجبه هذه الأخيرة كافة فواتيرها وديونها التجارية المترتبة لها بذمة مدينيها وفي المقابل تقوم الشركة الوسيط بإنتقاء وإختيار الفواتير التي ترى إمكانية في تحصيلها، فإذا وافقت الشركة الوسيط على كل أو بعض هذه الديون تقوم بشرائها لقاء تعجيل قيمتها للمنتمي قبل تاريخ استحقاقها أو حسب الإتفاق بين الطرفين مقابل نسبة معينة في شكل عمولة مع حقها أي الشركة الوسيط في الحلول محل المنتمي والتزامها بعدم الرجوع عليه في حالة تخلف-إفلاس-أو إعسار المدينين"¹

ثانيا: أنواع عقد تحويل الفاتورة

يعتبر التدفق النقدي للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة الحجم عصب حياتها الرئيسي، فأغلب هذه المؤسسات سواء العاملة في الأسواق المحلية أو الدولية لها مستحقات ومبيعات آجلة في السوق وكلما زاد نشاطها زادت معه مخاطر تحصيل ديونها، فالحسابات المتأخرة وغير المنتظمة هي من أهم معوقات نمو هذه المؤسسات وأحد أسباب إفلاسها، لذا يشكل عقد تحويل الفاتورة أهمية كبيرة إقتضتها الظروف الناشئة عن التعاملات في الأسواق خاصة إذا أخذنا بعين الإعتبار أن هذا العقد يمثل تقنية داخلية ودولية لتمويل التجارة، وللمؤسسة الإقتصادية أن تحصل على كل أنواع العقد في عقد واحد مع الشركة الوسيط أو أن تحصل على جزء منه دون الآخر حسب الإتفاق

ولذلك نجد أن عقد تحويل الفاتورة يختلف بحسب الوظيفة التي يؤديها من جهة وبحسب مجال النشاط من جهة أخرى لذلك سنحاول التطرق إلى هذه الأنواع بشكل موجز لأن اهتمامنا سينصب حول نوع محدد من العقد هو عقد تحويل الفاتورة الداخلي دون حق الرجوع على المؤسسة على اعتبار أنه النموذج المتاح حاليا في الجزائر

1- عقد تحويل الفاتورة من حيث الوظيفة:

¹ عمار عمورة: الأوراق التجارية وفق القانون التجاري الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر 2008، ص 292.

لا يعتبر التمويل أهم ميزة لعقد تحويل الفاتورة، ولكن على الشركة الوسيط دائما أن تتحمل على الأقل خطر عدم الدفع عند حلول الأجل، وينقسم عقد تحويل الفاتورة من حيث الوظيفة إلى :

1.1- عقد تحويل الفاتورة الكلاسيكي:

في هذا النوع من العقد تشتري الشركة الوسيط قيمة الحقوق التجارية المثبتة في الفواتير من المنتمي في الوقت الذي نشأت فيه هذه الحقوق أو بعدها بقليل، و تقوم بمنح المنتمي قيمة هذه الحقوق، وتضمن إعسار أو عدم تسديد المدين عند حلول أجل الاستحقاق، أي أن الشركة الوسيط هنا تقوم بكامل وظيفتها: التمويل، التحصيل، الضمان و التسيير¹.

2.1- عقد تحويل الفاتورة لأجل:

أما فيما يتعلق بعقد تحويل الفاتورة لأجل فإن الشركة الوسيط لا تقوم بأي تسبيق فهي تقوم بدفع قيمة الحقوق التجارية بعد وقت قليل من حلولها أجلها، فهي لا تستحق فائدة وإنما مجرد عمولة، فأحيانا لا يطلب المنتمي سوى ضمان إعسار المدين وتسيير الحقوق دون التمويل، فيكون له الحق في منح الائتمان في الأجل المحدد للفاتورة، بمعنى آخر فإن أحد وظائف العقد تزول وهي خدمة التمويل²، فالشركة الوسيط عندما تمنح الائتمان للمنتمي عند أو بعد حلول أجل إستحقاق الحقوق التجارية فإن التمويل يشكل جوهر العقد.

3.1- عقد تحويل الفاتورة مع حق الرجوع على المنتمي

يتيح هذا النوع من العقود للشركة الوسيط خدمة المنتمي بشروط تساعده على تلبية طلباته مع تحسين سيولته النقدية ومتابعة التحصيل مع المدينين، غير أن ما يميز هذا النوع من العقد هو حق الشركة الوسيط في الرجوع على المنتمي في حالة إخفاقها في إسترداد الحقوق التجارية من

¹ بشير محمودي : عقد تحويل الفاتورة، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2003، ص19

² Hichem Chahine : « Factoring », 02-09-2012, www.egyptfactors.com

المدينين عند حلول أجل الاستحقاق،¹ فهذا النوع إذا يقدم خدمة جزئية تتضمن "التمويل - إخطار المدين- الخدمات الملحقه"، دون ضمان الإعسار.

2 - عقد تحويل الفاتورة من حيث المجال:

ينقسم عقد تحويل الفاتورة من حيث المجال إلى: عقد تحويل الفاتورة الداخلي، وعقد تحويل الفاتورة الدولي

1.2-عقد تحويل الفاتورة الداخلي:

نكون بصدد عقد تحويل الفاتورة الداخلي عندما يكون المنتمي والمدين والشركة الوسيط مستقرين في بلد واحد وهذا هو العقد في شكله المبسط لأنه لا يطرح أي إشكال لاسيما القانون الواجب التطبيق والمنظم للصرف، ويتم التنازل عن الفاتورة إلى الشركة الوسيط المحلية التي تقوم بشراء قيمة الفواتير في إطار الحدود المقررة للمشتري ويتم التمويل من 80- 90% من قيمة الفواتير على الفور أو حسب الإتفاق، والتي تتراوح مدتها ما بين 30 يوم إلى 120 يوم والتي تتوقع الشركة الوسيط تحصيلها خلال السنة المالية².

في المقابل تقوم هذه الشركة باتخاذ الإجراءات الخاصة بالتحصيل الملائمة أين تتم تسوية الفواتير في تاريخ استحقاقها، وبذلك فإن هذا العقد يمثل حزمة خدمات تعنى بإدارة المديونيات بما في ذلك مسك الدفاتر والتحصيل الخاص بالأرصدة المستحقة في موعدها أو تعجيل سدادها مما يؤدي إلى تنشيط المبيعات، وزيادة الطلب في السوق المحلي تلبية لحاجيات الحياة التجارية، خاصة وأن الشركة الوسيط تقدم عديد الوسائل القانونية وفنون المفاوضات المتطورة التي تشجع المدين على تسديد إلتزاماته³، وبالتالي تزداد الحاجة إلى خدمات وقائية كتحسين الجدارة الإئتمانية بهدف المساهمة في خلق إستقرار مالي يساعد على تعجيل حقوقه وبالتالي يتفرغ للقيام بممارسة دوره الإقتصادي بفاعلية أكثر.

¹ George Michel : «contrat d'affacturage » ,06-10-2012, www.e-affacturage.fr

² أحمد بوراس: تمويل المنشآت الاقتصادية ، دار العلوم للنشر و التوزيع ،عنابة ،الجزائر، 2008، ص 110.

³ نادر عبد العزيز شافي: المرجع السابق، ص45.

2.2- عقد تحويل الفاتورة الدولي:

و هو العقد الذي يتم بين مؤسسة محلية قامت بتصدير بضاعة لتاجر أجنبي ولا تتوفر لديها السيولة النقدية و لا تمكنها قدراتها المالية من انتظار أجل استحقاق الحقوق، كما لا يمكنها التعرف على أحوال السوق وعلى الحالة الائتمانية لعميلها المدين ،فتلجأ إلى الشركة الوسيط المحلية عن طريق إبرام عقد تحويل الفاتورة،وبناء على المعلومات التي تقدمها هذه الشركة تقوم هذه الأخيرة بمطالبة المستورد الأجنبي بسداد قيمة البضاعة له أو بيع قيمة الفواتير للشركة الوسيط المحلية عن طريق لجوئها إلى التعاقد مع شركة وسيط أجنبية في بلد التاجر الأجنبي المستورد لمساعدتها على تحصيل قيمة الديون التجارية ، و في المقابل تقوم الشركة الوسيط الأجنبية بدراسة مدى ملاءة و حدود الإئتمان التجاري للعميل المستورد في بلدها و كذا جدارته الائتمانية، وتتولى تحصيل قيمة الديون في مواعيدها وتحويلها إلى الشركة الوسيط المحلية ، كما أنها تضمن أو تكفل سداد الدين في حالة إعسار أو عدم سداد المدين¹ وذلك مقابل نسبة من ما تحصل عليه شركة الوسيط المحلية المتفق عليها. ، فالعنصر الأجنبي إذا هو من العناصر الرئيسية التي شكلت مضمون العقد في بداية نشأته، غير أن تطور وانتشار العقد شجع في مرحلة لاحقة المنتجين على التفكير في الاستفادة من العقد، وهذا بدل الإكتفاء بالإنتاج فقط وتوكيل باقي مراحل العملية الإقتصادية للشركة الوسيط²، وهو الأمر الذي جعل هذا العقد يأخذ شكل العقد الدولي.

وفي خضم عالم تزداد فيه حدة المنافسة بين الأعمال التجارية، وعلى صعيد التعاون الدولي فقد تم إنشاء منظمة الفاكورنغ الدولية عام 1968 في أمستردام هذه المنظمة التي بدأت نشاطها في صورة تجمع يتكون من خمس شركات، أما الآن فهي تضم آلاف الشركات حول العالم تعمل على تقرير التواصل بين كافة الشركات في السوق، ومن جهة أخرى تم التوقيع عام 1988 على اتفاقية دولية لتوحيد القواعد القانونية والتنظيمية لعقد تحويل الفاتورة على المستوى الدولي وهي اتفاقية

¹ محمد عبد الحليم عمر: المرجع السابق، ص 06

² زينة حازم الجبوري: "العقد الدولي لتحصيل الحقوق المحالة"، مجلة المنصورة، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، عدد 2011، ص 15، ص 06.

الفصل الأول: النظام القانوني لعقد تحويل الفاتورة.

أوتاوا Ottawa الخاصة بالفاكتورينغ الدولي،¹ هدفها الرئيسي توحيد أحكام العقد على الصعيد الدولي تحقيقا لمصالح الأطراف المتدخلة في هذا النشاط.

وفيما يتعلق بعقود التجارة الدولية فإن القضاء الحديث لم يكتف بخصوص بتوافر عنصر أجنبي أو أكثر، وإنما يتطلب الأمر بشأن هذه العقود أيضا أن تتعلق بمصالح التجارة الخارجية بأن تتعدى آثارها إطار الاقتصاد الوطني لما تؤدي إليه من انتقال الأموال أو الخدمات عبر الحدود، ومن هنا لا يكفي أن يكون أحد أطراف العقد أجنبيا حتى نقوم بإصباح الطابع الدولي على العقد بل يتعين أن يتعلق بمصالح التجارة الدولية وهو معيار يختلف باختلاف العقود نفسها²، أما اتفاقية أوتاوا فهي تحقق الطابع الدولي لعقد تحويل الفاتورة بالنظر إلى طبيعة الديون أو الحقوق المحالة محل المعاملة.

وقد حددت المادة الأولى من الإتفاقية إلتزامات الشركة الفاكور في مواجهة المؤسسة الاقتصادية لضمان تحقيق إثنين على الأقل من الإلتزامات التالية:

- تمويل المؤسسة عن طريق الإعتماد أو الدفع المسبق.
- حماية المؤسسة من إفلاس المدين عن طريق تحمّل تبعة هذا الإفلاس.
- إمساك حسابات وفواتير المؤسسة
- تحصيل الديون التجارية.³

¹ دخلت إتفاقية أوتاوا حيز التنفيذ في 1995/05/01 وقد اشترطت في المادة الرابعة منها على أن تكون الإتفاقية نافذة في اليوم الأول من الشهر الذي يأتي بعد مرور ستة أشهر من تاريخ مصادقة ثالث دولة عليها، وهي دولة نيجيريا بعد مصادقة كل من إيطاليا وفرنسا.

² هشام علي صادق : عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، (د.ت.ن)، ص 179.

³Article 1 du Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage international:

1. - La présente Convention régit les contrats d'affacturage et les transferts de créances décrits dans le présent Chapitre.
2. - Au sens de la présente Convention, on entend par "contrat d'affacturage" un contrat conclu entre une partie (le fournisseur) et une autre partie (l'entreprise d'affacturage, ci-après dénommée le cessionnaire) en vertu duquel:

من خلال نص المادة نلاحظ أن الاتفاقية ركزت على إلتزامات الشركة الوسيط بأن قصرت إلتزام الشركة الوسيط بضمان تحقيق إثنين على الأقل من الإلتزامات المذكورة أعلاه، إلا أن الأخذ بما جاءت به يجعلنا نتساءل حول صحة العقد وضمائنه إذا تخلت الشركة عن بعض الإلتزامات، التي تشكل محور العقد وسبب وجوده والتي تراعي المبادئ القانونية التي تحكمه، و يتعلق الأمر خاصة بمبدأ عدم الرجوع على المنتمي في حالة عدم تحصيل الشركة الوسيط لقيمة الحقوق التجارية من المدين عند حلول أجل إستحقاقها.

الفرع الثاني: خصائص عقد تحويل الفاتورة

يمتاز عقد تحويل الفاتورة بجملة من الخصائص فهو عقد مسمى و عقد ذو تقنية داخلية و خارجية كما أنه عقد إذعان، وعقد قائم على الاعتبار الشخصي، إلا أننا سنركز في هذا الفرع على مجموعة فقط من الخصائص التي تميزه والتي تظهر لنا من خلال المميزات الأساسية التي أدت إلى إبتكاره ومن أهمها:

a) le fournisseur peut ou doit céder au cessionnaire des créances nées de contrats de vente de marchandises conclus entre le fournisseur et ses clients (débiteurs), à l'exclusion de ceux qui portent sur des marchandises achetées à titre principal pour leur usage personnel, familial ou domestique.

b) le cessionnaire doit prendre en charge au moins deux des fonctions suivantes:

- le financement du fournisseur, notamment le prêt ou le paiement anticipé
- la tenue des comptes relatifs aux créances.
- l'encaissement de créances.
- la protection contre la défaillance des débiteurs.

أولاً: الصفة التجارية لعقد تحويل الفاتورة:

يقوم عقد تحويل الفاتورة على عملية التنازل أو بيع الديون التجارية، فالمنتمي يقدم للشركة الوسيط كافة ديونه التجارية غير المستحقة على عملائه المدينين والمثبتة في فواتير، فتختار الشركة الوسيط الديون التي ترى إمكانية في استيفائها فتعجل من قيمتها لحساب المنتمي¹، فالغاية الأساسية الذي وجد من أجلها عقد تحويل الفاتورة هو تسهيل حصول الدائنين التجار على السيولة النقدية عند عدم حلول أجل استحقاق ديونهم، أو عند ارتفاع تكلفة أو نفقات تحصيلهم لتلك الديون، فالدين إذا محل عقد تحويل الفاتورة هو دين تجاري، والدين التجاري هو الدين الناشئ عن العمل تجاري² وبالرجوع إلى المادة 13/02 من القانون التجاري الجزائري بنحدها تحدد لنا الأعمال التجارية بحسب الموضوع، والتي تنص على أنه " يعد عملاً تجارياً بحسب موضوعه كل عملية مصرفية...".

وباعتبار أن عقد تحويل الفاتورة يعد من الأعمال المصرفية التي تقوم بها البنوك و المؤسسات المالية، فإن هذا العقد يعد من قبيل الأعمال التجارية بحسب الموضوع بالنسبة لطرفي العقد، فهو من الأعمال التجارية بالنسبة لمؤسسة المنتمي باعتبارها تاجرة وبالنسبة للوسيط باعتبارها شركة مشترية للديون التجارية، وبالتالي يخضع هذا العقد لقواعد الإثبات الحر التي تراعي أصول الإثبات في المواد التجارية³ وفقاً لنص المادة (6/30) من القانون التجاري الجزائري التي كرست مبدأ الإثبات الحر في المسائل التجارية " يثبت كل عقد تجاري: 1. بسندات رسمية 2. بسندات عرفية 3. فاتورة مقبولة 4. بالرسائل 5. بدفاتر الطرفين 6. بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها"، وتكون للقاضي السلطة المطلقة في تقدير وسائل الإثبات المعروضة عليه وتقدير قيمتها الثبوتية .

ولأن عقد تحويل الفاتورة مثله مثل جميع العقود التجارية، فإنه لا بد أن يتوافر على مجموعة من البيانات التي تبين مضمونه، وتحدد التزامات أطرافه متى عبر المتعاقدان عن رضاهما⁴ خاصة إذا

¹ نادر عبد العزيز شافي: المرجع السابق، ص 142.

² -محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007 ص 211 .

³ عمار عمورة: المرجع السابق، ص 294

⁴ محمد الطاهر بلعيساوي: المرجع السابق، ص 269.

أخذنا بعين الإعتبار الدور الذي يلعبه الإعتبار الشخصي في هذا العقد ، فالشركة الوسيط تفضل أن تتعامل مع المنتمي الذي يتمتع بالمصداقية والأمانة والسمعة والمركز المالي الجيد، وبالمقابل يفضل المنتمي أن يتعاقد مع الشركة الوسيط التي تتمتع بالمركز المالي والقدرة على تقديم أفضل نوعية ممكنة من الخدمات والمعلومات، ويتعدى الإعتبار الشخصي طرفي العقد ليتناول المدين بالديون موضوع العقد والذي يلعب دورا أساسيا في العقد ذلك أن الشركة الوسيط تنظر إلى سمعة ذلك المدين ومؤهلاته وقدراته الفنية والمالية ومدى قدرته على الوفاء بالالتزامات¹، فعقد تحويل الفاتورة إذا عقد يقوم على مبدأ التعاون و الثقة المتبادلة بين الأطراف.

وبما أن المشرع الجزائري لم يحدد البيانات الإلزامية التي يجب أن يتضمنها العقد على خلاف باقي السندات التجارية (السفتجة،السند لأمر،الشيك) ،فهذا يعني أنه قد تركها لإرادة الأطراف المتعاقدة بشرط أن لا تكون مخالفة للنظام العام و الآداب ،و هو ما نصت عليه المادة 543 مكرر 17 من ق ت ج بنصها على أنه "ينظم الوسيط و المنتمي بكل حرية ،وعن طريق الاتفاق الكيفيات العملية لتحويلات الدفعات المطابقة لحواصل التنازل" .

و قد يثار التساؤل حول ما إذا كان الدين موضوع العقد واردا في سند من السندات التجارية ،كأن يكون المنتمي قد حصل من المدين على سفتجة قام بتظهيرها للشركة الوسيط تظهيراً ناقلاً للملكية، وفي هذه الحالة يجري تعارض بين أحكام قانون الصرف الذي يطبق على السندات التجارية وبين أحكام عقد تحويل الفاتورة، ففي قانون الصرف يكون كل من صاحب السفتجة وقابلها ومظهرها وضامنها الاحتياطي ملزمون جميعاً لحاملها على وجه التضامن حسب ما نصت عليه المادة 432 من ق ت ج ،أما في عقد تحويل الفاتورة فإن القاعدة الأساسية هي تحمل الوسيط لمخاطر عدم التسديد حسب نص المادة 543 مكرر 14 ق ت ج، وهنا نتساءل عن القواعد الواجبة التطبيق في هذه الحالة؟.

وقد عرضت هذه المسألة على القضاء الفرنسي، وتتلخص وقائع القضية في أن إحدى الشركات الوسيطة كانت حاملة لسفتجة مسحوبة على مدین المؤسسة بموجب عقد تحويل

¹ عبد العزيز خنفوسي: "عقد تحويل الفاتورة كشكل جديد للضمانات" ملتقى وطني حول سبل تعزيز مركز الدائن، كلية الحقوق، جامعة سعيدة، 17-18 أبريل 2011، ص 6.

الفاتورة، لكن المدين أوفى للدائن الأصلي (المؤسسة) بقيمة الدين عند حلول أجل إستحقاقه، وعندما إمتنع المدين عن الوفاء للوسيط بحجة أنه أوفى الدين المترتب بدمته بموجب السفتجة للدائن الأصلي أي المؤسسة، إستعملت الشركة الوسيط حق الرجوع عليها بصفتها حاملة للسفتجة، فأعترضت هذه الأخيرة مستندة إلى أن أحكام عقد تحويل الفاتورة تمنع الشركة الوسيط من الرجوع عليها إذا إمتنع المدين عن الوفاء.

وقد أيدت محكمة استئناف باريس ما ذهب إليه محكمة الدرجة الأولى بجواز تمسك الوسيط كحاملة للسفتجة بالرجوع إلى المؤسسة، مما يعني أن أحكام عقد تحويل الفاتورة لا تطبق إذا تعارضت مع أحكام قانون الصرف¹.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد إستثنى من مجال عقد تحويل الفاتورة أن يكون موضوع الدين سندات تجارية كسحب السفتجة، وحصص نشاط العقد في الفواتير التجارية فقط، ومن ثم فإنه لا يثار هنا إشكال بين قانون الصرف والأحكام المنظمة للعقد، وهو ما أكدته المادة 543 مكرر 14 بنصها "....عندما تسدد فوراً لهذا الأخير المبلغ التام لفاتورة لأجل محدد....".

ثانياً: الصفة الائتمانية لعقد تحويل الفاتورة :

من الظواهر الملفتة للإنتباه في العصر الحديث التداخل الشديد بين الاقتصاد والقانون وهذا التداخل أدى إلى بروز قواعد عملية مهمة، ففهم الظواهر الاقتصادية من حيث مسيبتها وأثارها له تأثير واضح على القانون، وذلك من حيث ترشيد الوسائل القانونية واستخدامها الاستخدام الأمثل، كما أن فهم الأنظمة القانونية في بعض الأحيان يفرض فهم الجانب الإقتصادي للعقد محل الدراسة²، ومادام الائتمان يشكل الركيزة الأساسية لعقد تحويل الفاتورة كما

¹ Jacque Ferronnière, Emmanuel de Chillaz, Les Opérations de banque , Jean Pierre Paty ,Dalloz, 1980 , p604.

² حمزة شرابن : الملكية كوسيلة لدعم الائتمان، دار هومة ، الجزائر ، 2011، ص15

يشكل نقطة التقاء بين القانون والاقتصاد فإن الأمر يقتضي الوقوف عند بيان هذا الترابط من خلال دراسة تعريف الائتمان

1-تعريف الائتمان من الناحية الاقتصادية:

هناك عدة تعاريف سبقت في هذا المجال فلكل اقتصادي تعريفه الذي يقترحه فمن الاقتصاديين (Leroy Beaulieu) الذي يعرف الائتمان على أنه "وضع رأس مال أجنبي تحت تصرف الغير، مقابل تعهد هذا الأخير برد رأس المال نفسه أو ما يعادله" هذا التعريف يعاب عليه أنه استعمل عبارة رأس مال أجنبي ولا نعلم ما المقصود بهذه العبارة ، كما نجد الفقيه (L.Baudin) يصف الائتمان على "أنه مقايضة مال حاضر بمال مستقبل" ،وهناك من أعطى للائتمان معنى واسع فعرفه على أنه: "عملية خلق القوة الشرائية أو بيع النقود لأجل قصير، أو هو تحويل قوة راهنة إلى وعد مؤجل بالسداد ينطوي على الثقة في مقدرة العميل على الوفاء بالتزامه"¹.

ومهما تعددت التعاريف واختلفت فإن أي عملية إئتمانية لا بد أن يجتمع فيها عنصران أساسيان هما: الوقت والثقة، بالإضافة إلى ضرورة وجود تفاوت في الوقت بين تصرفين أحدهما حال وهو تصرف الدائن وهو مانح الائتمان، والثاني مؤجل وهو تصرف المدين الممنوح له الائتمان وينبغي أن يتركز على ثقة قوية².

2-تعريف الائتمان من الناحية القانونية:

باعتبار أن الائتمان في القانون موزع بين عدة أنظمة قانونية، سواء في القانون المدني أو القانون التجاري ... فإن ذلك أدى إلى صعوبة وضع تعريف جامع له هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن المشرع الجزائري لا يوظف مباشرة مصطلح الائتمان، وإنما يستعمل كلمة قرض مع العلم أن كلمة قرض كعقد هو وسيلة من وسائل إنشاء الائتمان، الأمر الذي يفرض علينا تعريف الائتمان من الناحية القانونية ومن ثم الإستئناس ببعض التعاريف الفقهية التي سبقت في هذا المجال، ومنه الوصول إلى تعريف وظيفي لهذا النظام.

¹ المرجع نفسه: ص16.

² . نبيل إبراهيم سعد : نحو قانون خاص بالائتمان، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 1991، ص 24

فبالرجوع إلى المادة 68 من الأمر 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003¹ المعدل و المتمم بالأمر رقم 01-04 المؤرخ في 26 أوت 2010² المتعلق بالنقد و القرض فإننا نجد أن المشرع الجزائري استعمل مصطلح قرض وليس ائتمان ترجمة للكلمة الفرنسية crédit التي تقابل باللغة العربية عدة مصطلحات: قرض. ائتمان. اعتماد... و المعنى الذي يقصد به المشرع من عبارة قرض ليس عقد القرض الاستهلاكي المنصوص عليه في القانون المدني في المادة 450 التي تنص على أن القرض الاستهلاكي: "عقد يلتزم فيه المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض نظيره في النوع والقدر والصفة" فعلاقة ائتمانية وفقا لهذا التعريف تقتصر فقط على منح نقود أو شيء مثلي مقابل رده في تاريخ معين، فهذا النوع يعد من أبسط صور الائتمان³، و إنما اعتبر المشرع الجزائري أن القرض حسب نص المادة 68 من الأمر 03-11 من قانون النقد و القرض "كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أمواله تحت تصرف شخص آخر، أو يأخذ بموجبه لصالح شخص آخر إلتزاما بالتوقيع كالضمان...."، وهنا نلاحظ أن المشرع عرف القرض بأنه عمل على خلاف المادة 540 ق.م.ج التي تعرف القرض بأنه عقد فالعمل يختلف عن العقد لأن هذا الأخير هو عبارة عن اتفاق في حين أن العمل هو صورة من الإلتزامات التي قد يتضمنها عقد ما، ومن جهة أخرى فإن المشرع الجزائري ركز في نص المادة 68 على ما يعطيه المقرض للمقترض والذي قد يكون مالا أو وعد بوضع مال، كما قد يكون التزاما بالتوقيع، لكننا نرى أن المشرع أورد صورا للقرض و لم يقيم بتعريفه .

3_ تعريف الائتمان من الناحية الفقهية:

لقد وردت عدة تعريفات فقهية للإئتمان، غير أننا سنكتفي بتعريف الأستاذ نبيل إبراهيم سعد الذي وضع تعريفا وظيفيا للإئتمان، و في هذا السياق يقول أن: "الإئتمان هو الثقة التي بمقتضاها يرتضي أحد طرفي العقد إعطاء المتعاقد الآخر سواء حالا أو بعد وقت محدد أداء معين على شكل رؤوس أموال نقدية أو شكل آخر لمساعدته أو السماح له بتحقيق نفع معين خلال

¹ ج.ر عدد 52 المؤرخة في 27-08-2003.

² ج.ر عدد 50 المؤرخة في 01-09-2010.

³ حمزة شرابن: المرجع السابق، ص 18.

مدة معينة، وتزداد هذه الثقة وتتعزيز كلما اقترنت بضمان خاص يضمن استرداد هذا الأداء والمقابل الملائم لمنحه"¹.

و الملاحظ أن هذا التعريف يكشف عن جوهر الإئتمان وهي الثقة وهي أنه يبين ارتباط الإئتمان بالعقد، كما يظهر لنا موضوع الإئتمان والغرض منه، كما يبرز الأجل باعتباره عنصرا مهما في الإئتمان، وعليه وتفصيلا لما سبق فإن الإئتمان يعد وسيلة هامة لتمويل مشاريع الإنتاج سواء برؤوس الأموال اللازمة أو البضائع أو الخدمات، ويتم هذا التمويل مع منح المدين أجلا للوفاء ولا يمنح الدائن مثل هذا الإئتمان إلا للمدين الموثوق به وهذه الثقة تنبع من خلال شخص المدين ومعاملاته أو ما يقدمه للدائن من أموال و ضمانات تكفل الوفاء بحقه عند حلول أجل إستحقاقه²، فعناصر الائتمان إذا تتعلق بمنج الدائن لمدينه أجالا للوفاء باعتباره يحقق مصلحة مشتركة لجميع أطراف المعاملة التجارية.

أما في عقد تحويل الفاتورة وإذا كان الهدف من وجوده هو علاج مشكلة تحصيل الحقوق التجارية من خلال مجموعة متكاملة من العقود تشكل ما يسمى بـ "عناصر الإتفاق" فإن دراسة هذا العقد تصبح غير مجدية إذا تعرضنا لكل عنصر على حدى دون ربطه بالفكرة المحورية التي تدور أحكام العقد في فلكها وهي فكرة " الإئتمان".

فإذا كان منح الائتمان للمؤسسة بضمان حقوقها قبل مدينيها، فإن هذا الضمان يتمثل في نقل ملكية هذه الحقوق إلى الشركة الوسيط، غير أن هذا النقل للحقوق التجارية لا يؤدي وظيفة الضمان بالمعنى التقليدي في قانون التأمينات والقائم على أولوية التقدم والتتبع³، بل يهدف أساسا إلى إلغاء وتقليل المخاطر التي تتعرض لها الشركة الوسيط في استرداد الائتمان.

هذا وإذا كان أي عقد ائتماني يركز على ركيزتين أساسيتين: هما المنح والاسترداد، فإن الأمر مختلف في عقد تحويل الفاتورة ذلك أن منح الائتمان يتم بإتفاق بين المنتمي والشركة الوسيط تقوم فيه هذه الأخيرة بتعجيل قيمة الحقوق التجارية على مديني المؤسسة إما معجلا و بمجرد إتمام

¹ . نبيل إبراهيم سعد: مرجع سابق، ص 25.

² محمد حسين منصور: النظرية العامة للائتمان، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1991، ص 289.

³ نادر عبد العزيز شافي: المرجع السابق، ص 125.

الاتفاق ،أو أن يتم منح الائتمان عند حلول أجل إستحقاق الحقوق التجارية ،و يتم ذلك عن طريق إيداع هذه القيمة في الجانب الدائن من الحساب الجاري الذي تفتحه الشركة الوسيط بإسم المنتمي¹ ،مع التزامها بعدم الرجوع عليه في حالة تخلف المدين عن الوفاء .

وإذا انتقلنا من عنصر المنح إلى عنصر الاسترداد ،نلاحظ أن استرداد الائتمان لا يتم من المنتمي متلقي الائتمان كما هو حاصل في العقود الائتمانية ،بل من طرف مدينه وهي الخاصية الأساسية التي ينفرد بها عقد تحويل الفاتورة على غرار العقود الائتمانية.

وغني عن البيان أن فكرة الإئتمان فكرة مرنة بطبيعتها يمكنها أن تتشكل وفقا لمعطيات المشكلة التي يناط بها مواجهتها، ومن هنا كانت حاجة الائتمان الجديد الذي تمنحه الشركة الوسيط إلى هذه العناصر المتعددة إما لتكوين العملية الائتمانية ذاتها وفق معطيات المشكلة التي تواجهها،أو لتدعيم دورها المنشود حفاظا على حقوق مانح الائتمان، بحيث تظهر كافة العناصر في قالب خاص² ،ويظهر لعقد تحويل الفاتورة وجهه الائتماني الأصيل والمستقل بما له من خصائص منفردة لا نألفها في عقد ائتماني آخر.

غير أنه وفي مقابل الإئتمان الممنوح للمنتمي،وإذا كانت فكرة التأمينات تقتضي الرجوع على المدين أولا ثم الرجوع على التأمينات المقدمة في مرحلة لاحقة، فإن الرجوع على هذه الأخير يتهدده خطر مزاحمة الدائنين أصحاب الرهون والإميازات الأخرى ما يجعل عملية الإسترداد مهددة بالمخاطر، لهذا فإن الشركة الوسيط تلجأ عادة لحماية نفسها من خطر عدم الوفاء إلى عقد تأمين الإئتمان Assurance crédit ،ففي فرنسا مثلا نجد أن معظم شركات الفاكور تلجأ إلى اكتتاب تأمين ضد خطر عدم التسديد لدى مؤسسات متخصصة³

ثالثا: عقد تحويل الفاتورة تقنية للتمويل قصيرة الأجل.

¹ محمد عبد الرازق ذكري: المرجع السابق ، ص46

² هشام فضلي : عقد شراء الحقوق التجارية ، دار النهضة العربية ،القاهرة ، مصر ، 1997،ص256

³ P. Jude, op-cit, P162

يعتبر التمويل النواة الأساسية الذي تعتمد عليه المؤسسة الاقتصادية لتوفير مستلزماتها الإنتاجية وتسديد مستحققاتها ونفقاتها¹، فإذا كانت المؤسسات الاقتصادية بصفة عامة والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بصفة خاصة في الدول المتقدمة قد تجاوزت الكثير من الصعوبات التمويلية، وذلك بفضل ابتكار واستخدام تقنيات حديثة على مستوى البنوك بما يمكنها من التحكم في المخاطر والتكاليف ومن ثم التوجه إلى خدمة هذا القطاع، فإن مثيلاتها في الجزائر لازالت تواجه الكثير من الصعوبات أبرزها مشكلة التمويل التي أصبحت تعيق تطورها بدءا من مرحلة الإنشاء إلى التوسع، وهذا بالنظر إلى أن منح القروض المصرفية تتطلب فضلا عن دراسة الجدوى توفر الضمانات الكافية لمنح القروض²، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الإستعانة بمصدر تمويلي واحد من شأنه أن يخلق نوع من التبعية والأعباء الثابتة، كما أن عدم كفاءة الإدارة المالية للمؤسسة ذاتها قد تتسبب في أزمات مالية للمؤسسة³، خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار أن أهم قاعدة معمول بها في السوق هي قاعدة "لا تجارة بدون قرض" *pas de commerce sans crédits*. فالمؤسسات الاقتصادية تحتاج للقيام بعملياتها الإنتاجية إلى هذه القروض سواء تعلق الأمر بالصفقات الكبرى كعقود الأشغال الكبرى أو العقود المتوسطة أو البعيدة الأمد والتي تتطلب المزيد من الإنفاق ومن ثم البحث عن سبل للحصول على تلك الأموال.

من هنا يأتي دور عقد تحويل الفاتورة كأسلوب جديد من أساليب التمويل الحديثة، وكعملية قرض من النوع الحديث الضامن للتسديد، والذي يسمح بتحويل الحقوق التجارية القصيرة الأجل إلى تدفقات مالية داخلية وتلقائية ودائمة تتناسب مع حجم مبيعاتها.

ولأن هدف العقد هو تقديم المبالغ المالية التي يحتاجها المنتمي، فإنه يندرج ضمن العمليات المصرفية التي تمارسها البنوك والمؤسسات المالية وهو ما تؤكد المادة إدراج المواد (5/511) والمادة (8/511) من القانون رقم 2000-1223 المؤرخ في 16 ديسمبر 2000 المتعلق بنشاط المؤسسات الائتمانية و رقابتها الفرنسي، وكذا المادة التاسعة من ظهير شريف رقم (1-93-147) المؤرخ في 06-07-1993 المتعلق بنشاط مؤسسة الائتمان ومراقبتها المغربي، كما اعتبر المشرع

¹ أحمد بوراس: المرجع السابق، ص 24.

² سعيد بريس: التمويل التجاري كبديل لتمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر، 03-09-2012، www.djalfainfo.fr

³ رابح خوني - رقية حساني: المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ومشكلة تمويلها، دار ايتراك، القاهرة، مصر، 2008، ص 181.

التونسي بموجب الفقرة الثانية من المادة 04 من القانون رقم: 98-04 المتعلق بشركات استخلاص الديون على انه " تعتبر عمليات القرض: عمليات الإيجار التمويلي و كذا عمليات تحويل الفواتير " ،فهذه المواد والنصوص القانونية تؤكد جميعها على أن عقد تحويل الفاتورة هو تقنية للتمويل قصيرة الأجل.

ويقصد بالتمويل قصير الأجل: "تلك الأموال التي لا تزيد فترة استعمالها عن سنة واحدة كالمبالغ النقدية التي تخصص لدفع أجور العمال وشراء المدخلات اللازمة لإتمام العملية الإنتاجية"¹

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فإنه و بالرجوع إلى المادة 543 مكرر 14 ق ت ج في نصها: "... عندما تسدد فورا لهذا الأخير المبلغ التام لفاتورة لأجل...." فالملاحظ في هذه المادة أن المشرع الجزائري استعمل عبارة "فورا" و المقصود بها هو طريقة دفع مبلغ الفاتورة أي أن التمويل يتم فورا بمجرد إبرام العقد،فهو متزامن له و شرط من شروط صحة العقد بأن يتضمن النص هذه الفكرة،أما إذا أخذنا ترجمة المادة باللغة الفرنسية فإنها تنص على أن الشركة الوسيط تحل محل المنتمي لما يدفع "En Payant Ferme"، ومصطلح "Ferme" باللغة الفرنسية يعني عدم الرجوع على المنتمي في حالة عدم قيام المدين بالتسديد،فهنا نكون أمام عبارتين: الأولى تعني طريقة الدفع الذي لا يكون لأجل بل فوري و الثانية Ferme تعني التكفل بتبعية عدم التسديد و العبارتان مختلفتان فأيهما أصح؟

وبغض النظر عن وقوع المشرع الجزائري في هذا اللبس بين المصطلحات فإن النص باللغة العربية هو النص الأصلي، ومن ثم فهذا لا يغير من الأمر شيئا على أساس أن الفواتير التي تلتزم الشركة الوسيط بدفع قيمتها هي فواتير لأجل محدد وهو ما أكدته المادة 543 مكرر 14 ق.ت.ج، ومن ثم فإن عقد تحويل الفاتورة ليس سند تجاري ولا وسيلة دفع كما هو معروف في السندات التجارية وإنما هو آلية للتمويل قصيرة الأجل.

¹ رابح خوي- رقية حساني، المرجع السابق، ص 97.

وقد عرف القرض القصير الأجل ازدهارا في قطاع القروض الممنوحة للمؤسسات الاقتصادية لتمويل شراء التجهيزات أو تقديم الخدمات¹، ويمكن التمييز بين نوعين من القروض قصيرة المدى:

- الأول: القروض المتضمنة تحويل حق أو دين تجاري وهو موضوع عقد تحويل الفاتورة.
- الثاني: التسبيقات والاعتمادات وهي قروض على بياض غير مرتبطة بعملية تجارية محددة ولا بحقوق مملوكة للمقترض على الغير .

من جهة أخرى فإن القول بأن عقد تحويل الفاتورة هو شراء للحقوق التجارية من قبل الوسيط ليس بالتعبير الدقيق، لأن ذلك من شأنه تشويه صورة العملية، فالشركة الوسيط لا تقوم بعملية المضاربة، إنما تقدم قرضا قصير الأجل، وتتلقى في مقابل ذلك عمولة تغطي الخطر الذي ستتحمله والخدمات التي تقدمها للمنتمي²، وعلى كل يمكن القول بأن عقد تحويل الفاتورة يلعب دورا كبيرا في تخطي جزء كبير ومهم من عقبات التمويل، لأنه يشكل آلية قانونية لإشباع الحاجات المادية والتقنية وسيولة نقدية فورية للمؤسسات.

الفرع الثالث: تمييز عقد تحويل الفاتورة عن غيره من العقود المشابهة

يشكل عقد تحويل الفاتورة أحد وسائل التمويل الحديثة والتي ساهمت في حل جزء مهم من مشكلة التمويل، عبر إستعمال القواعد القانونية التقليدية بعد تطويرها لتتلاءم مع متطلبات العقد، فهو من العقود المركبة التي تتضمن بعض القواعد القانونية التقليدية مثل قواعد البيع-القرض، الكفالة..... لكن هذا لا يعني وضع هذا العقد تحت طائلة العقود التقليدية أو المسماة والتي نظمها المشرع الجزائري، تبعا لذلك سنقوم في هذا الفرع بدراسة تمييز عقد تحويل الفاتورة عن غيره من العقود المشابهة له من خلال عرض القواعد المشتركة والمختلفة على النحو التالي:

¹ Bremond Marie Laure : droit du crédit, éd économique. Paris, 2 éd, 1993, p23.

² علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص 643.

أولاً: تمييز عقد تحويل الفاتورة عن عقد خصم السندات التجارية

من الوظائف الأساسية والمميزة للسندات التجارية كونها أداة ائتمان في نطاق المعاملات التجارية، فقد يتحصل المشتري على بضاعة ولا يتمكن من الوفاء بتمنيتها في الحال فيقوم البائع بتحرير سند يلتزم المشتري بالوفاء به عند حلول أجل استحقاقه، بمعنى أن المشتري يتحصل بتحرير السفتحة مثلاً على أجل من دائته للوفاء بدينه ويمثل الأجل في المعاملات التجارية أهمية بالغة، فالعالم التجاري يقوم على السرعة والائتمان، وتعتبر السندات التجارية المتضمنة أجلاً للوفاء من دعائم تسهيل المعاملات التجارية، كما أنه بإمكان حامل السند التجاري أن يحصل على قيمة السند قبل حلول أجل استحقاقه بتقديمه إلى البنك من أجل خصمه¹ l'escompte.

وتظهر أهمية خصم السندات التجارية نتيجة الحاجة إلى السيولة النقدية، فيبحث حامل السند التجاري عن وسيلة لتحويله إلى نقود سائلة، فيتدخل البنك لتحقيق هذا الهدف، ويقدم لحامل ذلك السند قيمته في الحال، أي قبل حلول أجله²، ويصبح البنك صاحب الحق الثابت في السند التجاري ويجوز له مطالبة المدين بقيمته عند حلول أجله.

هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن خصم السندات التجارية يحقق أهداف مهمة للبنك من خلال تحقيق أرباح تأتي في صورة فائدة ومصاريف التحصيل والعمولة، ومن ثم الحصول على مداخيل نقدية في آجال ثابتة خاصة مع توفر عنصر قلة المخاطر تبعاً لقصر آجال إستحقاق السند التجاري³، كما يستطيع البنك إعادة خصمه إذا أثار لديه الحاجة إلى سيولة نقدية قبل تاريخ استحقاقه.

وبذلك يظهر التشابه بين عقد تحويل الفاتورة وعملية خصم السندات التجارية من ناحية تعجيل حقوق الدائن على مدينه الثابتة في السندات التجارية قبل تاريخ استحقاقها، فتؤمن

¹ محمد الطاهر بلعيساوي: المرجع السابق، ص 11.

² عبد القادر البقيرات: المرجع السابق، ص 36

³ نادر عبد العزيز شافي: المرجع السابق، ص 184.

للدائن الأصلي إمكانية استيفاء قيمة ديونه قبل تاريخ استحقاقها¹، كما يتشابهان من ناحية تجنيب العملاء الصعوبات المالية والإدارية المتعلقة بتحصيل قيمة هذه السندات

ولكن يعيب الخصم أن له نطاقه الخاص والمتعلق بالحقوق الثابتة في السندات التجارية دون الحقوق الثابتة في الفواتير²، أما موضوع عقد تحويل الفاتورة فهو محصور بموجب المادة 543 مكرر 14 ق ت ج في الحقوق المثبتة في فواتير .

هذا ويختلف عقد تحويل الفاتورة عن عقد خصم السندات التجارية من ناحية حق الرجوع على الدائن، فالدائن في عقد الخصم يبقى ضامنا للوفاء بقيمة السند التجاري في حالة عدم تسديد المدين لقيمتها بتاريخ الاستحقاق³، أما في عقد تحويل الفاتورة فيتخلص المنتمي من ذلك الضمان ولا يحق للشركة الوسيط الرجوع عليه عند عدم استيفاء الديون من المدين، كما أن عقد تحويل الفاتورة يتضمن بعض الخدمات الإدارية لا نألفها في عقد خصم السندات التجارية⁴ و تسمى أيضا بخدمات التسيير .

و مما تقدم فإن عقد تحويل الفاتورة يتشابه إلى حد بعيد من حيث هدفه مع عقد خصم السندات التجارية لدى البنوك، إذ يؤمن للدائن الأصلي إمكانية استيفاء قيمة ديونه قبل موعد استحقاقها، لذلك يمكن القول أن عقد تحويل الفاتورة يعتبر من العمليات المصرفية، ولكن الفارق بينه وبين خصم السندات التجارية يكمن وكما سلف بيانه في أن البنك عند قيامه بعملية الخصم لمصلحة زبونه لا يتحمل مطلقا مسؤولية عدم التسديد بينما تتحمل الشركة الوسيط مخاطر عدم التسديد، وبذلك يبقى نظام خصم السندات التجارية قاصرا على تلبية الحاجات المتجددة للمنتمي في الحصول على الائتمان اللازم لأنه يواجه صورة واحدة من المشكلة المتعلقة بتحصيل

¹. المرجع نفسه : ص 186.

² هشام فضلي: المرجع السابق، ص2.

³ انظر المادة 432 من القانون التجاري الجزائري.

⁴D . Legeais, op-cit, p03..

الحقوق التجارية و ذلك لنطاقه المحدود المتعلق بالحقوق الممثلة في السندات التجارية دون الحقوق الثابتة في الفواتير .

ثانيا: تمييز عقد تحويل الفاتورة عن عقد الكفالة

عرف المشرع الجزائري الكفالة بموجب المادة 644 ق م ج معتبرا أن: "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه " ويتضح من نص المادة أن طرفي عقد الكفالة هما الكفيل والدائن، أما المدين فليس طرفا في العقد فيصح أن تتم دون علمه ورغم إرادته وهو ما أكدته المادة 647 ق م ج¹ مع أنها لا تتصور بغير وجود الإلتزام الذي يقع على هذا المدين، وتظهر أهمية عقد الكفالة في أنها ضمانات للدائن دون أن يرهق كاهل المدين، وقد ازداد رواجها مع تطور حركة الإقراض والائتمان التجاري والمصرفي .

غير أن الكفالة تتحدد بدرجة يسار الكفيل ومركزه و لذا نجد أن الكفيل الميسور كالبنك مثلا يضمن الوفاء بدين الدائن ضمانا أكثر من أي تأمين آخر²، لذلك أصبحت للكفالة أهمية بالغة في العصر الحديث نظرا لإنتشار كفالة البنوك في نطاق المعاملات المالية.

والكفالة المصرفية كالكفالة بوجه عام عبارة عن "عقد بمقتضاه يكفل البنك تنفيذ التزام معين يقع على عاتق الزبون بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه"³، ويكون للبنك بعد وفائه للمستفيد حق الحلول محل الدائن في جميع ماله من حقوق اتجاه المدين في حدود ما أوفاه ويتمتع بخصائص هذا العقد وما يلحقه من توابع ويترتب عليها النتائج التالية:

- أن الدائن لا يرجع على الكفيل إلا بعد رجوعه على المدين.
- يتحدد التزام الكفيل في مقداره وشروطه بالتزام المدين.
- يتمسك الكفيل بجميع أوجه الدفع التي للمدين في مواجهة الدائن.

¹ المادة 647" تجوز كفالة المدين بغير علمه، وتجوز أيضا رغم معارضته" من القانون رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر، ج ر عدد 31 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 المتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر عدد 31 المؤرخة في 20 ماي 2007 ، ص 3

² محمد صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري (التأمينات العينية والشخصية) دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1991، ص 15.

³ محمد السيد الفقهي: القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، د-ت-ن، ص 709.

ويظهر لنا التشابه بين عقد الكفالة وعقد تحويل الفاتورة من خلال إبراز الخاصية الشخصية لكلا العقدين، فالوضع القانوني لكل من الكفيل والشركة الوسيط الضامن متطابق من حيث وجود دائن ومدين مكفول وكفيل وهو الوسيط، كما أن أركانهما تبدو متحدة إلى حد بعيد، فعقد الكفالة يتكون من عنصرين:

1: الإلتزام الأصلي مكفول وبدون هذا الإلتزام لا تقوم الكفالة لأن التزام الكفيل هو التزام تابع للإلتزام الأصلي المكفول.

2: الإتفاق بين الكفيل والدائن بكفالة التزام المدين الأصلي هو عقد كفالة ذاتها والحال كذلك في إتفاق الضمان الخاص بعقد تحويل الفاتورة حيث يوجد إلتزام أصلي مكفول وهو التزام المدين بالوفاء لدائنه في العلاقة الأساسية "عقد بيع أو تقديم خدمات"، والالتزام تابع وهو التزام الوسيط بضمان قيام المدين بالوفاء بدينه أي الإلتزام بعدم الرجوع وتحمل تبعة عدم التسديد¹.

وفوق هذا وذاك فإن طبيعة الخطر ومصادره تبدو متحدة في العقدين من ناحية الخطر المضمون أو المكفول وهو عدم وفاء المدين بدينه، ومن ناحية المصادر المقبولة لتغطية هذا الخطر وهي إنتفاء وإرتكاز تخلف المدين عن الوفاء على سلوك معيب ينطوي على غش أو خطأ من الدائن..

وقد يبدو لنا من الوهلة الأولى أن عقد الكفالة استطاع أن يفسر بعض جوانب عقد تحويل الفاتورة خاصة وأنهما يتفقان في أن كلاهما يعتبر كضمان للدائن في مواجهة مخاطر إسترداد حقوقه وتأمين على حقه قبل مدينه مما يزيد ثقة الدائن في الحصول على حقه وبذلك يتحقق الضمان لكن هذا التشابه عجز عن تفسير جوانب أخرى لعقد تحويل الفاتورة لأسباب نوردتها في مايلي:

1- من حيث طبيعة العقدين:

يعتبر عقد الكفالة من بين عقود التبرع الملزمة لجانب واحد فهي لا توضع على عاتق الدائن أي التزامات، ولا يحصل الكفيل على مقابل من الدائن، ويمكنه أن يطلب مكافأة من المدين نظير

¹ هشام فضلي: المرجع السابق، ص 115.

الخدمة التي أداها له، أما عقد تحويل الفاتورة فهو عقد ملزم للجانبين تتحصل فيه الشركة الوسيط على مقابل نظير الحماية التي يوفرها للمنتمي.

2- من حيث الإلتزام في العقدين:

يعد إلتزام الكفيل إلتزاما تابعا للإلتزام الأصلي الواقع على المدين المكفول، فالكفالة غير متصورة دون قيام دينين، دين أصلي على عاتق المدين، ودين تابع على عاتق الكفيل ونتيجة لكونه إلتزام تابع لا يمكن أن يكون التزم الكفيل أشد من التزم المدين الأصلي فإستطاعته أن يدفع بالتجديد وأن يتمسك بدفوع المدين اتجاه الدائن للتخلص من التزمه، أما الشركة الوسيط فهي تلتزم بصفة أصلية في مواجهة المنتمي وليس بصفة تابعة¹، فالشركة الوسيط تلتزم في مواجهة المنتمي حتى قبل حلول أجل إستحقاق الحقوق التجارية، و ذلك بمنحها الائتمان أي تسبيق مالي يأتي في صورة تمويل قصير الأجل.

3- من حيث مصادر الإلتزام بالضمان:

تعتبر الكفالة دائما تأمينا إتفاقيا لا يمكن أن يتولد إلا من عقد ولا يمكن أن يتحقق خارج إرادة الكفيل ولا يوجد نص قانوني يقضي بإلزام شخص بأن يكون كفيلا، وإنما ينصرف الإلتزام إلى المدين الذي يقع عليه في بعض الحالات أن يقدم كفيلا، ثم إن رجوع الدائن على الكفيل مشروط بإثبات إخلال المدين بالتزمه الوارد في العقد الأصلي لأن الكفالة تقوم أساسا على فكرة الضمان الشخصي، والأمر على خلاف ذلك في عقد تحويل الفاتورة فإلتزام الوسيط فوري ولا يتوقف على إثبات أي واقعة خارجية ذلك أن التزمه المستمد من نص قانوني واضح وهو تحمله تبعة عدم التسديد وعدم الرجوع على المنتمي في حالة عدم وفاء المدين²، فهي تلتزم لمصلحة الدائن وفي مواجهته وبصفة أصلية.

ثالثا: تمييز عقد تحويل الفاتورة عن عقد تأمين القرض عند التصدير.

¹ علي البارودي: العقود وعمليات البنوك التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر (د.ت.ن)، ص 62.

² هشام فضلي: المرجع السابق، ص 116.

يعتبر عقد تأمين القرض عند التصدير¹ تقنية جديدة وآلية قانونية حديثة نسبيا فرضتها حاجة التجارة الخارجية إلى وسيلة تضمن للمصدر استيفاء حقه بالكامل، حيث يوفر هذا العقد للمصدر الضمان المناسب ضد الأخطار المرتبطة بالتجارة الخارجية، والتي يتعرض لها عندما يتعاقد على بيع بضاعته لأجل، فالمصدر في هذه الحالة لا يقبض الثمن فورا عند التسليم وإنما يقوم بإرسال البضاعة إلى المشتري المستورد على إعتقاده أنه سيقوم بتنفيذ التزاماته بتسديد ثمن البضاعة عند حلول أجل استحقاقها، أما إذا امتنع المستورد الأجنبي عن تنفيذ التزاماته بإمتناعه عن إستلام البضاعة المرسله إليه أو عند تسديد ثمن البضاعة بسبب إفلاسه، إعساره، أو في حالة وجود قوة قاهرة... أو أخطار سياسية مثلا... ففي هذه الحالات يكمن الخطر الذي يتعرض له المصدر، لذلك أصبحت الحاجة إلى الضمان ضرورة ملحة² الأمر الذي دفع العديد من الدول. إلى إنشاء آلية ضمان تتلاءم مع مقتضيات التجارة الخارجية عن طريق تدخل شركات خاصة بتأمين الصادرات.

وقد حاول العديد من الفقهاء إعطاء تعريف لعقد تأمين القرض عند التصدير يشمل جميع جوانبها، لكن الاختلاف حول طبيعته واختلاف النظريات التي تحكمه، والتقنيات المستعملة من طرف شركات تأمين القرض عن التصدير بالإضافة إلى التطور الذي شهده... كل ذلك انعكس على التعاريف التي وضعها الفقهاء.

فيعرفه الفقيه M.Leyrus بأنه: "العقد الذي يؤمن القروض التي يمكن أن يمنحها البنك لصناعي، تاجر، أو مزارع من أجل عمليات تنفذ في القطر الوطني"، لكن هذا التعريف تعريف قاصر فلم يتناول أطراف العقد كما لم يحدد مجال تأمين القرض، وكذا لم يبين الحالات التي تتدخل فيها شركات تأمين القرض عند التصدير لفائدة المصدر.

¹ وهي التسمية التي أخذ بها المشرع الجزائري بموجب الأمر رقم 96-06 المؤرخ في 10 يناير 1996 المتعلق بتأمين القرض عند التصدير، ج.ر المؤرخة في 14 يناير 1996، عدد 03، ص 16.

² خميس القزاح: نظام تأمين الصادرات المصرفية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د.ت.ن، ص 17.

أما الفقيه Jean Bigot فقد عرفه على أنه: " يهدف تأمين القرض أساسا إلى حماية بائع البضائع أو مقدم الخدمة ضد خطر عدم تسديد القرض الذي يملكه ضد الزبائن"¹، هذا التعريف أيضا قاصر فلم يحرص مجال استعمال العقد وإنما كان تعريفه للعقد عاما.

في حين نجد أن الفقيه Jean Bastian يعرف عقد تأمين القرض عند التصدير بأنه: "أداة تأمينية تسمح للدائنين في مقابل دفع أقساط لهيئة التأمين أو الضمان (قد تكون هيئة حكومية أو خاصة أو مختلطة) من تغطية مخاطر عدم تسديد الديون الناتجة عن الأشخاص العاديين"²، فعلى الرغم من إشارة هذا التعريف إلى مجموعة مكونات التأمين العادي إلا أنه لم يلم بجميع الخدمات التي يقدمها.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص في المادة الأولى من الأمر 96-06 المؤرخ في 10 يناير 1996 المتعلق بتأمين القرض عند التصدير بأنه: " يضمن تأمين القرض عند التصدير وفق الشروط المنصوص عليها وفي عقد التأمين، تحصيل المستحقات المرتبط بعمليات التصدير من الأخطار التجارية والأخطار السياسية وأخطار عدم التحويل وأخطار الكوارث".

وهنا يبدو أن المشرع الجزائري أراد توضيح الهدف من عقد تأمين القرض عند التصدير دون وضع تعريف له وهو تحصيل المستحقات أو الديون ، كما حدد مجال التأمين وهو العمليات الخاصة بالتجارة الخارجية كما حدد نوعية الأخطار التي يتضمنها العقد، إلا أن المشرع لم يذكر أطراف العقد وهم الدائن المصدر والمدين المشتري الأجنبي كما لم يذكر المقابل في الضمان وهو القسط الذي يدفعه الدائن لشركة التأمين .

وما يؤخذ على التسمية التي أطلقها المشرع الجزائري على هذا العقد "تأمين القرض عند التصدير" Assurance Crédit a l'exportation" هو إستعماله لكلمة تأمين القرض بدل عبارة

¹ خميس القزاح: المرجع السابق، ص 198.

² Jean Bastian : l'assurance crédit dans le monde contemporain, Jupiter Mavaire, Paris, 1978, p09

ائتمان قرض تعبيراً عن الكلمة باللغة الفرنسية *Crédit*، والمصطلح الصحيح هو "إئتمان" هذا الأخير الذي تستعمله أغلب دول المشرق العربي، حيث تعبر عن هذا العقد بمصطلح "تأمين الإئتمان عند التصدير" أو "تأمين الصادرات"¹، فعلى الرغم من أن المشرع الجزائري تبنى هذا النظام متأخراً بعدما عرف تطوراً كبيراً، إلا أن التسمية التي أخذ بها كانت تطلق على العقد في بداية ظهوره وقبل أن يتطور في شكله الحالي.

وقد يلاحظ تقريب عقد تحويل الفاتورة من عقد تأمين القرض عند التصدير والذي يحمي المصدر من مخاطر عدم استرداد المستحقات وكذا خطر عجز المدين عن الوفاء، خاصة أن عقد تحويل الفاتورة يمثل تقنية وداخلية وخارجية لتمويل الدائنين، على أن التشابه بين العقدين لا يمنع من وجود فروق جوهرية تكمن في:

1- من حيث طبيعة الخطر في العقدين:

لا يغطي المؤمن إلا مخاطر إعسار المدين وبشرط أن يكون الإعسار حقيقياً ومثبتاً، أما الشركة الوسيط فلا تغطي فقط عدم تنفيذ الناتج عن إعسار المدين بل وكذلك تخلفه عن الوفاء مهما كان السبب، أي أنها لا تعتمد على حصول الخطر نظراً لقيامها بالوفاء قبل أجل الاستحقاق، على عكس شركات تأمين الصادرات التي تشترط وقوع خطر معين يهدد استعادة الحقوق التجارية.

2- من حيث مصادر الخطر:

¹ مولود قموح: "تأمين القرض عند التصدير"، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2006، ص38.

يتدخل عقد تحويل الفاتورة ليغطي الأخطار التجارية، أما عقد تأمين القرض عند التصدير فهو يتدخل ليشمل أخطار قد تكون تجارية سياسية وأخرى تتعلق بعدم التحويل وأخطار الكوارث¹.

3- من حيث شرط العقد:

بالإضافة إلى ما سبق فإن عقد تحويل الفاتورة يتضمن شروطا لا نألفها في عقد تأمين القرض عند التصدير ومن ذلك نجد شرط القصر *clause d'exclusivité* وشرط الجماعية *clause de globalité*، وأهم شرط يكمن في إلزام الشركة الوسيط بعدم الرجوع على المصدر في حالة إخفاقها في استرداد مبلغ الحقوق التجارية عند حلول أجل استحقاقها من المدينين.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقد تحويل الفاتورة

إستدعت طبيعة عقد تحويل الفاتورة بإعتباره من العقود الإئتمانية المستحدثة في علاج مشاكل تحصيل الديون التجارية تحديد التكييف أو الوصف القانوني لمجموع الظروف التي تحيط بالعقد وذلك بغية ترسيخ مفهومه القانوني من خلال تركيز قواعده القانونية وعدم خلطه بغيره من العقود المشابهة، وقد جرت عدة محاولات لتحديد الطبيعة القانونية للعقد خاصة مع تشابهه مع بعض العقود المسماة، مما أدى إلى بروز عدة نظريات مختلفة محاولة تكييف هذا العقد ضمن المفاهيم القانونية التقليدية، وسوف نبحث فيما يلي النظريات المتداولة في تحديد الطبيعة القانونية للعقد على النحو التالي:

الفرع الأول: النظريات المتداولة في تحديد الطبيعة القانونية لعقد تحويل الفاتورة.

الفرع الثاني: الحلول الإتفاقي كأساس قانوني لعقد تحويل الفاتورة.

الفرع الأول: النظريات المتداولة في تحديد الطبيعة القانونية لعقد تحويل الفاتورة.

¹ علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص 122.

في بداية نشأة عقد تحويل الفاتورة اختلف الفقهاء حول الإطار القانوني له والآلية القانونية التي يتأسس بها من خلالها خاصة وأن تحويل الحقوق التجارية من المنتمي إلى الوسيط هو الميزة الأساسية له، الأمر الذي يثير التساؤل حول الأساس القانوني الذي يتم به هذا التحويل والذي يتلاءم والأهداف المرجوة، وقد جرى البحث عن الوسيلة القانونية المناسبة، وتردد الرأي بين عدة اتجاهات نذكر منها: تطبيق قواعد تجديد الالتزام، حوالة الحق.

أولاً: اعتبار عقد تحويل الفاتورة تطبيق لقواعد تجديد الإلتزام:

التجديد هو استبدال دين جديد بدين قديم، بحيث يترتب عليه انقضاء الإلتزام القديم و نشوء التزام جديد مختلف عن القديم إما في محله وإما في احد أطراف الإلتزام¹، فالتجديد إذا يتضمن عملية مركبة فهو سبب لانقضاء الإلتزام، و هو في نفس الوقت مصدر من مصادر الإلتزام حيث يترتب على انقضاء الدين القديم نشوء دين جديد .

الأمر الذي دفع بعض الفقهاء إلى اعتبار عقد تحويل الفاتورة هو تطبيق لإحدى صور تجديد الإلتزام، وذلك بتغيير شخص الدائن فتنقل ملكية الدين من المنتمي إلى الشركة الوسيط.

فهل يمكن أن نعتبر أن تجديد الإلتزام بتغيير الدائن هو الإطار القانوني لعقد تحويل الفاتورة؟" وهل تتوافق شروط وآثار التجديد مع طبيعة العقد؟، للإجابة على هذه التساؤلات لزاماً علينا أن نتعرف على شروط انعقاد التجديد وآثاره.

تنص المادة 287 ق م ج على انه أنه: "يتجدد الإلتزام:

- بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على استبدال الإلتزام الأصلي بالتزام جديد يختلف عنه في محله أو في مصدره .

- بتغيير المدين إذا اتفق الدائن و الغير على أن يكون هذا الأخير مديناً مكان المدين الأصلي، على أن تبرا ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه، أو إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد .

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري: الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ت.ن)،

-بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن و المدين و الغير على أن يكون هذا الأخير هو الدائن الجديد".

بالرجوع إلى الفقرة الأخيرة من المادة السالفة نلاحظ أنه تمكن تجديد الالتزام و ذلك بتغيير شخص الدائن Novation Par Changement de Créancier.، من هنا يتبين أن التجديد يقع بتغيير الدائن وذلك عن طريق الاتفاق بين الدائن و المدين و الغير، على أن يكون هذا الأخير هو الدائن الجديد الذي سيحل محل الدائن القديم بالحق الجديد الذي حل محل الحق القديم الذي انقضى بتأميناته ودفعه ..¹..

ومن ثم فإنه يجب أن تظهر معالم هذا العقد الجديد بصورة واضحة ومعبرة عن توجه نية أطرافه إلى إنشاء عقد جديد، ولا يقدر التجديد المطلق بل يستخلص وجوده من العقد ذاته بما يتضمنه من تعابير، كما لا يمكن استنتاج التجديد من موقف غير صحيح أو جامد من أحد أطراف العقد، وهو ما أكدته المادة 1/289² من ق م ج، ضف إلى ذلك فإن إستبدال أو تجديد الالتزام بإحلال دائن جديد يشترط موافقة المدين باعتباره طرف في العقد وليس مجرد إخطاره و إعلامه، كما أن الالتزام القديم ينقضي معه ما يلحق به من توابع وتأمينات فلا تنتقل التأمينات التي تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي إلا بنص في القانون أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى غير ذلك وهو ما أكدته المادة 291 ق م ج، فالتأمينات العينية لا تنتقل من الدين القديم إلا بالاتفاق بين أطراف العقد ولا تكون نافذة في حق الغير إلا إذا تم الانتقال مع التجديد، أما التأمينات الشخصية من كفالة وتضامن فلا بد فيها من رضا الكفلاء والمدينون المتضامنون.³

ومن خلال ما تقدم نستخلص أسباب إستبعاد التجديد بتغيير الدائن كآلية قانونية لإنتقال الحقوق التجارية الثابتة في الفاتورة من المنتمي إلى الشركة الوسيط، ذلك أن هذا العقد يتطلب شروط لنفاذه تتعارض مع طبيعة عقد تحويل الفاتورة.

¹ خليل أحمد حسن قداد: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري - أحكام الالتزام-، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص296

² تنص المادة 1/289 ق م ج على انه " لا يفترض التجديد بل يجب الاتفاق عليه صراحة أو استخلاصها بوضوح من الظروف....".

³ انظر المادة 293 ق م ج.

فالتجديد بتغيير الدائن يفترض ضرورة قبول المدين بالدائن الجديد كما أن المدين يعتبر طرف في عقد التجديد، أما في عقد تحويل الفاتورة فيكفي فيه إخطار المدين بانتقال الحقوق التجارية المثبتة في الفواتير إلى الشركة الوسيط¹، وهو ما نصت عليه المادة 543 مكرر 15 قانون تجاري جزائري، أما المدين فلا يعتبر طرف في عقد تحويل الفاتورة وإنما يعد عقد تحويل الفاتورة عقد ثنائي بين الوسيط و المنتمي في علاقة ثلاثية تشمل تحويل الفاتورة مع المدين كإجراء.

كما أن تبني فكرة التجديد تضر بمصالح الشركة الوسيط لأنه يمنع انتقال التأمينات التي كانت تكفل تنفيذ الدين الأصلي ما لم يرد نص صريح بنقل التأمينات، أما في عقد تحويل الفاتورة فيترتب على تحويل الديون التجارية نقل كل الضمانات التي كانت تضمن تنفيذ العقد إلى الشركة الوسيط وهو ما نصت عليه المادة 543 مكرر 16 ق ت: "يترتب على تحويل الديون التجارية، نقل كالضمانات التي كانت تضمن تنفيذ الالتزامات لفائدة الوسيط".

من جهة أخرى فإن عقد تحويل الفاتورة لا يؤدي إلى إنشاء دين أو التزام جديد إذ تنقل ملكية الدين من المنتمي إلى الوسيط الذي اشترى الدين التجاري خلاف لتجديد الالتزام، فالإلتزام ينقضي وينشأ محله التزام جديد، ذلك أن التجديد هو سبب من أسباب انقضاء الإلتزام وفي نفس الوقت عقد منشئ للإلتزام². ومن ثم يستبعد عقد تجديد الإلتزام كإطار قانوني لعقد تحويل الفاتورة.

ثانيا: اعتبار عقد تحويل الفاتورة تطبيق لقواعد حوالة الحق

عند دخول عقد تحويل الفاتورة إلى فرنسا من موطنه الأنجلوساكسوني كان يأخذ شكل حوالة حق Cession De Créance، وهي عبارة عن عقد بين الدائن الأصلي والدائن الجديد الذي يحل محله بعملة انتقال الحق بالحوالة فتكون إذا بين ثلاث أطراف: الدائن الأصلي وهو المحيل Cédant والدائن الجديد الذي حل محل الدائن الأصلي وهو المحال له Cessionnaire والمدين الذي كان مدينا للدائن الأصلي وأصبح مدينا للدائن الجديد وهو المحال عليه³. Cédé .

¹ محمد الطاهر بلعيساوي : المرجع السابق، ص 264.

² نادر عبد العزيز شاتي: المرجع السابق، ص 221.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ص 528.

الفصل الأول: النظام القانوني لعقد تحويل الفاتورة.

إن هذه الأغراض تتوفر في عقد تحويل الفاتورة هذا ما يفسر تأسيس النظم الأنجلوساكسونية (الو.م.أ و بريطانيا) لهذا العقد على أساس حوالة الحق¹، فعقد تحويل الفاتورة يتفق مع حوالة الحق بعوض حيث يضمن المحيل للمحال له وجود الحق، لكنه لا يضمن له يسار المدين، وتنتقل إلى المحال له مع الحق ضماناته وما يكون قد إستحق من أقساط أو فوائد، ويستطيع المدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفع التي كان له أن يتمسك بها قبل المحيل.

ولكن يبدو أن إعتقاد حوالة الحق كإطار قانوني لعقد تحويل الفاتورة حسب هذا الاتجاه إنما يرجع بشكل عام إلى جواز انتقال الالتزام (الحق التجاري) دون إشتراط موافقة أورضاء المدين ولا ضرورة لإعلامه به،² الأمر الذي سمح بتأسيس عقد تحويل الفاتورة في تلك الدول على نظرية حوالة الحق.

وقد سايرت اتفاقية Ottawa الخاصة بعقد تحويل الفاتورة الدولي ما هو سائد في معظم بلدان العالم من اللجوء إلى حوالة الحق كإطار قانوني للعقد، فنصت المادة الخامسة منها على صحة الحوالة التي تتم بين الأطراف للحقوق الحالية والمستقبلية حتى مع غياب تعيينها تعيينا ذاتيا مادامت قابلة للتحديد عند إبرام العقد أو عند ميلادها، في حين نصت المادة 08 منها على أن الحوالة لا تنفذ في مواجهة المدين إلا إذا تم إخطاره بها³.

أما في القانون الفرنسي والقوانين المستقاة منه، فالأمر مختلف لأنه من أجل سريان انتقال الحق التجاري فإنه لا بد من القيام بإجراءات شكلية تتمثل في إبلاغ المدين أو قبوله بالحوالة وهو ما نصت عليه المادة 1290 من ق م ف على انه لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير

¹ كرم، تعويلت: " اثر عقد تحويل الفاتورة على الاختصاص التحكيمي"، ملتقى وطني حول : دور عقود الأعمال في تطوير الاقتصاد الجزائري" المرجع السابق، ص 06.

² هشام فضلي: المرجع السابق، ص 43.

³ Frédéric Leplat : « la transmission conventionnelle des créances », thèse doctorat, université paris x nanterre U F R des sciences juridique, administratives et politique, soutenue 26 septembre 2001, p 270.271.

إلا إذا قبلها المدين أو أعلم بها، كما أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ¹.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد تناول أحكام حوالة الحق من المواد (239-250) ق م ج، وقد نصت المادة 239 منه على أنه: "يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا منع ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الإلتزام، وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين"، فطرفا الحوالة إذا هما الدائن المحيل والغير المحال له، أما المدين فليس طرفا وعلى ذلك لا يشترط في الحوالة سوى رضاء الدائن القديم والدائن الجديد لإنعقاد العقد، ويستلزم إنعقاد حوالة الحق أن تتوفر بها الأركان العامة وهي التراضي، المحل، السبب، على أن الحوالة التي إنعقدت بإتفاق بين المحيل والمحال له لا تكون سارية إلا في حق هذين المتعاقدين، ومن ثم فإنه لا تنتقل ملكية الحق المحال به من المحيل إلى المحال له إلا في مواجهتهما، أما بالنسبة للمحال عليه (المدين) وبالنسبة للغير فإنه لا بد من إجراءات أخرى نصت عليها المادة 241 ق م ج التي نصت على أنه: "لا يحتج بالحوالة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا رضي بها المدين أو أخبر بها بعقد غير قضائي، غير أن قبول المدين لا يجعلها نافذة قبل الغير إلا إذا كان هذا القبول ثابت التاريخ" فيتضح من نص المادة أن الإجراء الذي يتم به نفاذ الحوالة في مواجهة المدين أو الغير هو إعلانها بها أو قبوله لها، ولا يشترط شكل خاص في قبول المدين²، فيجوز أن يكون هذا القبول مكتوب على ذات المحرر المثبت للحوالة أو في محرر مستقل.

وبالرجوع إلى المواد من (239-250) ق م ج يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد فرق بين الشروط اللازمة لإنعقاد الحوالة و بين الشروط اللازمة لنفاذها في مواجهة المدين والغير، ومن هنا نلمس أسباب استبعاد المشرع الجزائري لحوالة الحق كإطار قانوني لعقد لتحويل الفاتورة والتي ترجع إلى:

1: من حيث وجوب إعلان المدين:

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ص 529.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ص 531.

نصت المادة 543 مكرر 15 ق ت ج على وجوب إبلاغ المدين بإنتقال الحقوق التجارية من المنتمي إلى الشركة الوسيط بمقتضى عقد تحويل الفاتورة، و نفس الحكم بنحده فيما يتعلق بتبليغ المدين بحوالة الحق و هو ما نصت عليه المادة 241 من ق م ج ،غير أن المشرع الجزائري ميز بينهما في الوسيلة القانونية التي يتم بها هذا الإعلام، فبينما يكون تبليغ الحوالة للمدين عن طريق عقد غير قضائي حسب م 241 ق م ج، يكون الأخطار في عقد تحويل الفاتورة عن طريق رسالة موصى عليها مع وصل بالاستلام، وهو ما يؤكد التسيير الذي يتميز به هذا العقد لكي يتماشى مع مقتضيات التجارة.

كما أن السبب الرئيسي للإعفاء من إبلاغ المدين بعقد تحويل الفاتورة لإعلامه بانتقال الدين أو الحق تجاري من المنتمي إلى الوسيط أو قبول المدين بهذا الانتقال للحقوق يعود إلى ما تتطلبه تلك الإجراءات من وقت وتعقيدات لإتمامها لا تتماشى مع طبيعة العقد الذي يقوم على السرعة التي تستوجب التخلص من العقبات التي تعترض عملية إنتقال الديون التجارية بشكل عام¹.

2: من حيث الغرض من العقدين :

عقد تحويل الفاتورة كما جاء توضيحه سابقا ، هو عقد إئتمان وهو وسيلة من وسائل مواجهة مشكلة تحصيل الحقوق التجارية بإعفاء المؤسسات لاسيما الصغيرة والمتوسطة من الأعباء الإدارية والمالية لإستفاء حقوقها من مدينيها، وبالتالي فهذا العقد يغيب عنه عنصر المضاربة، فالشركة الوسيط لا تقصد المضاربة أو الاستفادة من الفارق بين ثمن الحوالة وبين القيمة الاسمية للحق، بل الحصول على ضمان ائتمان، أما ما تحصله الشركة الوسيط من فوائد وعمولات فهو مقابل لما تقدمه من خدمات لعميلها المنتمي وليست نتيجة للمضاربة عكس الحوالة التي تفترض في الغالب وجود شخص يتقدم لشراء الحق بأقل من قيمته إما لأن الحق مؤجل ولم يحل أجله بعد وإما لأن

¹ نادر عبد العزيز شافي: المرجع السابق، ص 212-213.

إستيفاءه تعترضه عقبات وصعوبات¹، ولذلك يغلب أن يكون المحال إليه مضاربا أو مستثمرا يشتري الحق بمبلغ أقل من قيمته ثم يرجع على المدين بقيمة الحق كاملا.

بعد مقارنة عقد تحويل الفاتورة بعقد تجديد الدين وعقد حوالة الحق يتضح أن هذه الاتجاهات لم تستطع أن تنظم كافة جوانب العقد نظرا لعدم إلمام أي تكييف بكل جوانبه، وإن كان عقد تحويل الفاتورة يتفق مع بعض العقود المسماة التقليدية في بعض النواحي فهو يختلف معها في نواحي أخرى بسبب انفراده بخصائص لا نجدها في غيره من العقود. فتلك المحاولات كانت تنطلق إما من جانب معين للعقد وإما من مرحلة معينة من مراحلها.

وقد حذا هذا بأغلبية الفقهاء إلى اعتبار عقد تحويل الفاتورة نظام قانوني مركب وبالتالي فهو يقوم على أداء مجموعة متكاملة من الخدمات تجمعها اتفاقية واحدة بين الوسيط والمؤسسة، وهو ما عبر عنه الفقيه الفرنسي Gavalda بأنه: "عقد مركب من نوع خاص هدفه ضمان النهاية الحسنة وتقديم خدمات مختلفة وما نقل الحقوق إلا عنصر من اتفاقية الإئتمان"².

والعقود المركبة هي عقد أو اتفاقية تجتمع فيها عناصر مستمدة من أكثر من عقد من العقود المسماة مع الترابط بين تلك العناصر بطريقة لا يتحقق معها مقصود الطرفين من الاتفاقية المذكورة إلا بوجودها جميعا، ويختلف التجميع في صورة "عقد مجمع" عن التركيب في صورة "عقد مركب" في أن هذا الأخير لا يمكن فصل أي عنصر من عناصره وإلا أدى ذلك إلى انتفاء المقصود منه، بينما في العقد المجمع فإنه يمكن الحصول على بعض عناصره دون البعض، وبالنظر إلى عقد تحويل الفاتورة³، نجد أنه لو تضمن الوظيفة الأساسية وهي التمويل الذي تقدمه الشركة الوسيط للمؤسسة، فإنه يكون عقد مركب، ضف إلى ذلك فالشركة الوسيط تقوم بالإستعلام عن كل من المنتمي والمدين لضمان حقها ومتابعة تحصيل الدين لاستيفاء ما دفعته، أما بدون التمويل وبقاء الخدمات الأخرى فإنه يمكن القول بأنه عقد مجمع فقد يطلب المنتمي بعض الخدمات بصورة منفردة فيكون عقد مجمع.

¹ عبد المنعم البدر اوي: أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، (د.ت.ن)، ص 390.

² عمار عمورة: المرجع السابق، ص 296.

³ محمد عبد الحليم عمر: المرجع السابق، ص 12-13.

وللأسباب التي عرضناها في هذا الفرع بشأن العيوب التي تشوب عقد تجديد الحق بتغيير الدائن وحوالة الحق والتي تجعلها غير ملائمة لطبيعة العمليات الائتمانية حتى وإن كان عقد تحويل الفاتورة قد نشأ في أحضان هذه الحوالة، وجريا على ما هو دارج في فرنسا من إضفاء الطابع الفرنسي Francisation على العقود الأنجلوساكسونية لتتلاءم مع قواعد النظام اللاتيني، فلقد لحق عقد تحويل الفاتورة تطور تمثل في تجديد الإطار القانوني للعقد، ويتجسد هذا التجديد في أمرين:

1: عند تطبيق هذا العقد بواسطة المؤسسات الائتمانية في منتصف الستينات وفي غياب تنظيم تشريعي، له حرصت هذه المؤسسات على اللجوء إلى الحلول الإتفاقي كإطار قانوني للعقد.

2: في إطار صيغ القانون المدني الفرنسي بالصيغة المصرفية Bancarisation حرص المشرع الفرنسي على ابتكار حوالة تحد من إنشغال المؤسسات الائتمانية بالبحث عن أسس قانونية تتسم بالبساطة والفعالية، فأصدر المشرع الفرنسي قانون رقم 81-45 المؤرخ في 02 يناير 1981 المنظم لحوالة دايلي¹ كإطار قانوني لتحويل عقد الفاتورة.

وتقوم فلسفة حوالة دايلي ليس فقط على التخفيف من تشكيلات حوالة الحق المدنية باعتبار نقل الحق هو تاريخ تحرير الفاتورة وليس تاريخ نفاذها في مواجهة الغير، بل وكذلك على افتراض وجود وكالة ضمنية من مؤسسة الإئتمان لعميلها، بتحصيل الحق طالما امتنعت عن إخطار المدين بالحوالة.

غير أن هذه الوكالة الضمنية للتحصيل على ما لها من مميزات في بعض الحالات، فإنها تتعارض مع قواعد عقد تحويل الفاتورة من ناحية، وتثير العديد من المشكلات القانونية المؤدية إلى تعاضم مخاطر استرداد الإئتمان من ناحية أخرى، على الرغم من أن المشرع الفرنسي خطى بتشريع 02 يناير 1981 خطوة كبيرة بإستحداثه هذه الحوالة التي تقع في مركز وسط بين أحكام القانون المدني وأحكام قانون الصرف²، فهي تساعد على تسهيل عمليات منح الإئتمان للمؤسسات

¹ سميت بهذا الاسم نسبة إلى النائب Dailly عضو الجمعية الوطنية الفرنسية ومقترح القانون المنشئ لها.

² هشام فضلي: المرجع السابق، ص 142

والأطراف لما تتضمنه من بساطة واختصار في الوقت والإجراءات المتطلبة للمنع، وبما تحتويه من ضمانات لمؤسسة الائتمان حفاظا على حقوقها في الإسترداد.

الفرع الثاني: الحلول الإتفاقي كإطار قانوني لعقد تحويل الفاتورة

أمام عجز النظريات السابقة واختلافها مع القواعد والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها العقد، مع تسليمنا بالاتجاه الحديث في إعطاء عقد تحويل الفاتورة طبيعة خاصة فإنه لا بد من تحديد ماهية هذه الطبيعة، تبعا لذلك ظهرت نظرية راجحة في فرنسا تعتبر أن العقد هو تطبيق لنظرية الحلول الإتفاقي وهو ما يدفعنا إلى بحث هذه النظرية وبحث موقف المشرع الجزائري على النحو التالي.

أولا : مضمون نظام الحلول الإتفاقي.

ثانيا : مدى توافق نظام الحلول الإتفاقي مع طبيعة العقد.

أولا : مضمون نظام الحلول الإتفاقي .

يعرف الحلول Subrogation على أنه: "اتفاق يقوم بين الدائن الموفي له و الشخص الذي أوفى عن المدين -الموفي- بمقتضاه يستوفي الدائن حقه بالكامل من غير المدين دون أن يؤدي ذلك إلى براءة ذمة المدين من الدين مع حلول الغير محل الدائن الموفي له في حقه و ضماناته و دفعه في مواجهة المدين¹.

ويكون الحلول إتفاقي حسب المشرع الفرنسي Subrogation conventionnelle بناء على اتفاق مع الموفي حتى دون موافقة المدين على أن يحل الموفي محل الدائن في حقوقه في مواجهة المدين، وهو الموقف الذي تبناه المشرع الفرنسي كإطار قانوني لعقد تحويل الفاتورة²، ففرنسا نظمت العقد بطريقة مغايرة لتلك المطبقة في الدول الأنجلوساكسونية بحيث لم تخصص له نص قانوني بل طبقت عليه أحكام الحلول الإتفاقي المنصوص عليها في القانون المدني.

¹ خليل احمد حسن قداد : المرجع السابق، ص 656.

² Rignald. Allemand:affacturation, JC ,BC,FS580,1991, p39.

ويكون الحلول قانونيا حسب الفقرة الثانية من المادة 261 ق م ج " إذا قام بالوفاء شخص غير المدين، حل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه في الأحوال الآتية:

- إذا كان نص خاص يقرر للموفي حق الحلول".

و من خلال نص المادة نلاحظ أن الحلول في هذه الصورة يقع بقوة القانون، فيجوز للموفي أن يحل قانونا محل المدين للوفاء بالحق للدائن الأصلي متى وجد نص قانوني يجيز هذا الحلول.

ومن جهة أخرى وبالرجوع إلى نص المادة 262 ق م ج نجد أنها تنص على أنه: " يتفق الدائن الذي استوفى حقه من غير المدين مع هذا الغير على أن يحل محله، ولو لم يقبل المدين ذلك، ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء" فهنا نرى بأن الحلول يتم بمجرد الاتفاق بين الدائن والغير الموفي ولا حاجة إلى الحصول على موافقة المدين، فهذه المادة تضع شرطين للاتفاق على الحلول و هما:

1. الإتفاق بين الدائن الأصلي والدائن الجديد :

إذا أوفى الغير الدين دون الإتفاق مع الدائن على الحلول محله فيما أوفاه، فإنه لا يستطيع أن يحل محله بعد ذلك لأن الدين يكون قد انقضى بالوفاء، ومن ثم فإن وجه الدقة في هذه العملية أن يتم الإتفاق بين الدائن الأصلي والدائن الجديد باعتبار أن هناك وفاء بالحق لم يقم به المدين، فمن حيث أن هناك وفاء للحق فإنه ينقضي الحق النسبة إلى من استوفاه وهو الدائن الجديد، ولأن المدين لم يقم بالوفاء يبقى الحق في ذمته ولكن لدائن آخر حل محل الدائن الأصلي¹ بالإضافة إلى ذلك فإن الحلول لا يستوجب موافقة المدين ومن ثم فإنه يكفي إخطاره فقط والذي يستوي عنده أن يقوم بالوفاء إما للدائن الأصلي أو الجديد.

2- تزامن الحلول مع الوفاء :

أوجبت المادة 262 ق م ج على أنه لا يصح أن يتأخر الاتفاق عن وقت الوفاء، معنى ذلك أن الاتفاق على الحلول يجب أن يكون مصاحب للوفاء بالدين من الغير، ولا يصح أن

¹ أحمد عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق، ص 579.

يكون لاحقاً كما لا يجوز أن يسبقه، وإشترط أن يتم الاتفاق على الحلول وقت الوفاء وليس بعده يستوجب أن يكون الاتفاق ثابت التاريخ للاحتجاج به في مواجهة الغير الذي تكون له مصلحة في معرفة تاريخ الاتفاق بدقة.

بيد أن القضاء الفرنسي يجيز الحلول السابق على الوفاء، ويذهب إلى أن الحلول السابق هو وعد بالحلول ولا عبرة بكونه واقعا في تاريخ سابق على الوفاء، مادام لم ينتج إلا من وقت الوفاء، فيتفق الموفي والدائن مقدما على الحلول ثم يدفع الموفي الدين بعد ذلك¹ ومن ثم فالذي لا يجوز هو الوفاء بالدين أولا ثم يليه الاتفاق على الحلول.

وقد أقر المشرع الجزائري بموجب نصوص صريحة حلول الشركة الوسيط محل الوسيط بموجب المادة 543 مكرر 14 من المرسوم التشريعي رقم 93-08 المعدل والمتمم للقانون التجاري بنصها على أن عقد تحويل الفاتورة هو "عقد تحل بمقتضاه شركة متخصصة....." فالشركة الوسيط يمكنها أن توفي للمنتمي قيمة حقوقه التجارية على مدينيه ثم تحل محله في الرجوع عليهم، ولكن هل تتفق الشروط المتطلبة لحلول الوسيط محل المؤسسة في حقوقها على مدينيها مع طبيعة العمليات الائتمانية؟، للإجابة على هذا التساؤل لابد من دراسة مدى توافق الحلول مع طبيعة العقد.

ثانيا : مدى توافق الحلول الإتفاقي مع طبيعة عقد تحويل الفاتورة:

إذا كان عقد تحويل الفاتورة هو عقد إئتمان يغيب عنه عنصر المضاربة أو الاستفادة من الفارق، إذ لا يجوز في ظله للشركة الوسيط أن ترجع على المدين إلا بقيمة الحق الذي أوفته للمؤسسة، فالإستيعاب الحقيقي والواضح لمفهوم وطبيعة هذا العقد بأنه عقد ائتمان يستلزم توافر عنصرين أساسيين هما: المنح والإسترداد.

إن ما تسترده أو ما تحصله الشركة الوسيط في النهاية من المدين هو ما دفعته في صورة قرض للمنتمي وهو معنى يتفق مع الحلول باعتبار أن ما تحصله الشركة من فوائد وعمولات هو مقابل لما تقدمه من خدمات، ثم إن المنتمي عندما يحول هذا الحق إلى الشركة الوسيط لا يقصد

¹ هشام فضلي: المرجع السابق، ص 46.

سوى تحقيق العنصر الثاني من عناصر الإئتمان وهو الاسترداد أو بتعبير آخر ضمان الإسترداد، هذا الأخير يجد معناه في نقل ملكية الحق الثابت قي الفاتورة بدل أن يقدم المنتمي ضمانات¹، ذلك أن الملكية أو ملكية الحق الثابت في الفاتورة هي أقوى ضمان من مجرد رهن الحق .

فلو كان الغرض من العملية هو شراء الحق الثابت في الفاتورة لكان للشركة الوسيط أن تطالب بعمولة التحصيل كما جرى عليه العمل في عملية خصم السندات التجارية²، ففي هذه الحالة يقوم البنك بشراء القيمة الثابتة في السندات التجارية مقابل نسبة في شكل فائدة تحسب على أساس المدة من تاريخ الخصم حتى تاريخ الإستحقاق وذلك فضلا عن العمولة إذا كانت مشروطة³ .

هذا وبالرجوع إلى نص المادة 543 مكرر 16 من المرسوم التشريعي رقم 93-08 المعدل والمتمم للقانون التجاري بنصها على أنه: "يترتب عن تحويل الديون التجارية نقل كل الضمانات التي كانت تضمن تنفيذ الالتزامات لفائدة الوسيط"، فالمؤسسة إذا تحول للوسيط الحلول محل المدين في جميع الحقوق كما يترتب على ذلك نقل كل الضمانات التي كانت تضمن نقل هذه الحقوق التجارية، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الشركة الوسيط تتعرض لجميع الدفع التي كان للمدين أن يدفع بها في مواجهة المنتمي، ثم إن الوفاء الذي تقوم به الوسيط عند تلقيها الفاتورة هو معنى الوفاء مع الحلول وهو أثر للاتفاق الذي يبرم بين الطرفين، وهذا الأثر هو ما تقضي به المادة 264 ق م ج التي تنص على أنه: "من حل محل الدائن قانونا أو اتفاقا كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفع و يكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن" فالحق إذا ينتقل إلى من تم الحلول له بماله من خصائص وما يلحقه من توابع و تأمينات و ما يرد عليه من دفع.

وقد أوجب المشرع الفرنسي أن يكتب الاتفاق على الحلول في المخالصة ذاتها التي يعطيها الدائن الموفي دليلا على أنه وفي بالدين ، ويجب أن تكون المخالصة ثابتة التاريخ حتى تكون حجة

¹ هشام فضلي : المرجع السابق، ص 44.

² نادر عبد العزيز شاتي : المرجع السابق، ص 215.

³ مصطفى كمال طه : العقود التجارية وعمليات البنوك، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 2002 ، ص 112.

في مواجهة الغير وتسمى حينئذ هذه المخالصة بالحلول¹ *quittance subrogative*، وإحترام الإتفاق بين الطرفين في عقد تحويل الفاتورة فإن الشركة الوسيط تتوافر على وسيلتين هما: الحساب الجاري ووصل الحلول، إذ عن طريق بيان الإرسال المصاحب للفواتير المحولة للشركة الوسيط يضع المنتمي توقيعه على كل فاتورة مع وضع عبارة "مقبول للحلول" وعندما تتلقى الوسيط وصل الحلول تضع في الحساب الجاري المبلغ الكلي للفواتير الموجودة في الوصل².

وبالنسبة للمشرع الجزائري فالفاتورة تعتبر كافية في حد ذاتها لأجل تحويل الديون التجارية ولا تحتاج إلى إرفاق الفاتورة مخالصة خاصة بالحلول، كما أن تمويل المنتمي يكون حسب المبلغ الإجمالي للفاتورة المستحقة الدفع وهو ما أشارت إليه المادة 543 مكرر 14، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد إختار نظام الحلول الإتفاقي كإجراء لتحويل الديون، في هذه الحالة فإن قواعد القانون المدني هي التي تطبق³، ويعتبر الحلول الإتفاقي أساس عقد تحويل الفاتورة إذ لا يمكن تصور نظام لتحويل الفواتير إلا بوجود نظام الحلول

¹ أحمد عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق، ص 579 .

² P. Jude ,op-cit, p 18.

³ R. Zouaimia ,op-cit ,p 116.

المبحث الثاني : الشروط القانونية لعقد تحويل الفاتورة .

في السوق المتميزة بالتزاحم والمنافسة القوية يسعى المنتمي إلى إيجاد أحسن الطرق المناسبة لإنجاح عملياته التجارية المتعلقة بتسويق مختلف منتجاته وخدماته بضمان النهاية الحسنة لها، لذا لابد من إبراز علاقة عقد تحويل الفاتورة بالمنتمي، مع بيان طبيعة الشركات التي تتدخل لفائدته كمطلب أول، أما في المطلب الثاني فسنناول كيفية شروط صحة العقد على النحو التالي:

المطلب الأول: أطراف عقد تحويل الفاتورة.

المطلب الثاني: شروط صحة عقد تحويل الفاتورة.

المطلب الأول: أطراف عقد تحويل الفاتورة

يستوجب عقد تحويل الفاتورة تدخل طرفيه هما الشركة الوسيط *le factor* أو *Affactureur* و المنتمي *Adhérent*، أما المدين *Acheteur* أو *Affactureur* للدائن بالديون التي ستصبح موضوعاً للعقد فلا يعتبر طرفاً في العقد، فعلى الرغم من ربط المدين بالعلاقة الأساسية بين الوسيط و المنتمي، إلا أن هذا لا يعني وجود علاقة قانونية واحدة ثلاثية الأطراف تنشأ عن عقد واحد بل إن العملية تنقسم إلى علاقات مختلفة ثنائية الأطراف فهو عقد ثنائي الأطراف وطرفاه الوسيط و المنتمي في عملية تحويل الفاتورة ثلاثية الأطراف وبالتالي سنركز على طرفي العقد على النحو التالي :

الفرع الأول: المنتمي

الفرع الثاني: الشركة الوسيط

الفرع الأول : المنتمي

تحتاج المؤسسات الاقتصادية مهما كان وضعها في السوق إلى اهتمام كبير من قبل الدولة بهدف منحها الفرصة للقيام بمختلف عمليات الإنتاج والتوزيع، والذي يعود بالفائدة الكبرى على الاقتصاد الوطني، بمعنى آخر وفي ظل السوق سواء الداخلية أو الخارجية تجد المؤسسة الاقتصادية نفسها بحاجة إلى مساعدة للتعرف ومواجهة معطيات السوق لاسيما فيما يتعلق بالتمويل والضمان¹، فإذا كانت الشركة الوسيط تلعب دورا أساسيا في عقد تحويل الفاتورة، فإن المؤسسة الاقتصادية هي الطرف الأساسي في هذا العقد لأنها تطلق الشرارة الأولى بتقرير حاجتها إلى بيع ديونها التجارية²، إما لعدم حلول اجل استحقاقها وإما لتخفيف النفقات المترتبة على استيفائها.

هذا ولم يضع المشرع الجزائري شروطا خاصة بالمنتمي إذا كان شخصا طبيعيا أو معنويا كما أنه لم يضع شروطا أو قيودا معينة للقيام بالوظيفة ومن ثم يجوز لكل الأشخاص الطبيعيين أو معنويين اتخاذ صفة المنتمي مما يقتضي تطبيق القواعد العامة التي تحكم العقود بشكل عام، حيث يجوز لكل شخص تتوافر لديه الأهلية القانونية أن يبيع ديونه التجارية وفقا لمبدأ الحرية التعاقدية³، شرط مراعاة النظام العام والآداب العامة والأحكام القانونية التي لها صفة الإلزامية، ما لم يوجد نص قانوني يمنع بعض الأشخاص من بيع ديونهم أو حقوقهم بشكل عام أو يضع قيودا أو شروطا لتلك العملية.

إلا أنه ومن باب الموازنة مع التشريعات المقارنة كما هو جاري العمل به في التشريع الفرنسي، المصري والتونسي، فإن المنتمي يكون عادة عبارة عن مؤسسة صغيرة ومتوسطة الحجم لأن هذا النوع من العقود يتلاءم مع الأعمال المتوسطة الحجم ويولي احتياجاتها، خاصة انه أصبح لهذه المؤسسات دور مهم في تحقيق التنمية الاقتصادية وتحقيق الاستقرار الاقتصادي

¹ الكاهنة أرزيل: "عقد تحويل الفاتورة و المؤسسات الاقتصادية" المرجع السابق، ص 14

² نادر عبد العزيز شاتي: المرجع السابق، ص 88.

³ عمار عمورة: المرجع السابق، ص 304.

والاجتماعي¹، ولأن الاحتياجات المالية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة تعتبر من أساسيات وضروريات إنشاء وتشغيل وتوسيع المؤسسات²، فإنه عادة ما تكون مرتفعة بالنظر إلى أموالها الخاصة والذاتية التي تعتمد عليها والتي تكون غير كافية، فإنه لا يكون أمام هذه المؤسسات إلا خيار اللجوء إلى الاقتراض من البنوك أين تواجه مشكلة الحصول على القروض المصرفية بسبب ما تنطوي عليه طبيعة تلك المؤسسات من مخاطر كتلك المتعلقة أساسا بمحدودية أرباحها ونقص الضمانات المطلوبة من طرف البنوك.

وبما أن فلسفة عقد تحويل الفاتورة تقضي بعلاج مشكلة تحصيل الحقوق التجارية أحد عوامل تعثر المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وتعرضها لخطر التصفية خاصة أن أهم ما يثير مخاوف هذه المؤسسات هو تخلف المدينين عن الوفاء في آجال الاستحقاق بسبب إعسارهم أو إفلاسهم أو تخلفهم بغير وجه حق....³، وفي سبيل تجاوز هذه المشكلة كانت حاجة المؤسسات إلى عملية قانونية تسهم في توفير السيولة النقدية لتسيير أعمالها التجارية لضمان استمرارها، فتلجأ بذلك إلى الشركة الوسيط للحصول على المساعدات والتسهيلات اللازمة، والتي لم تتمكن من الحصول عليها من البنوك نظرا لما تفرضه هذه الأخيرة من قيود وتعقيدات.

الفرع الثاني: الشركة الوسيط.

تلعب الشركة الوسيط دورا هاما في عقد تحويل الفاتورة، إذ تعتبر الطرف الممول في هذه العملية، كما أن نشاطها يشكل خطورة على النظامين المصرفي والاقتصادي على حد سواء كونه يمثل نشاط تمويل، تحصيل، تسيير و ضمان إن لم يمارس من طرف شركات مؤهلة لهذا الغرض⁴، تبعا لذلك سنتعرض بداية لطبيعة هذه الشركات في التشريع المقارن ثم في التشريع الجزائري

¹ إيمان زكري: "أسباب قصور عقود الأعمال في تمويلها للمشاريع الاقتصادية في الجزائر"، الملتقى الوطني حول دور عقود الأعمال في تطوير الاقتصاد الوطني، المرجع السابق، ص 06.

² سعيد بريش: المرجع السابق ص 02

³ عمار حبيب جهلول: المرجع السابق ص 223.

⁴ أحمد بوراس،: المرجع السابق، ص 110.

أولاً : في التشريع المقارن :

تتخذ الشركة الوسيط في معظم الأنظمة القانونية المقارنة شكل مؤسسة مالية متخصصة في هذا المجال أو إحدى البنوك التجارية التي تتوفر على هذه الخدمة¹.

ففي فرنسا قصر المشرع الفرنسي مزاولة نشاط عقد تحويل الفاتورة على الشركات التي تعتمد على نظام المصارف الخاضعة للقانون الفرنسي رقم 1223-2000 المؤرخ في 16 ديسمبر 2000 المتعلق بنشاط المؤسسات الائتمانية و رقابتها، وقد حددت المادة الأولى من هذا القانون المقصود بمؤسسات الائتمان على أنها: "الأشخاص المعنوية التي تزاول العمليات المصرفية على وجه الاحتراف و تتمثل العمليات المصرفية في تلقي الودائع من الجمهور و مختلف العمليات الائتمانية فضلاً عن منح العملاء سبل الوفاء بديونهم أو سبل إدارة أموالهم"²

وعلى الرغم من أن المشرع الفرنسي لم يقيم بوضع قانون خاص بعقد تحويل الفاتورة، إلا أنه اعتبر أن الشركة الوسيط تخضع في إنشائها وسيورها إلى الشروط الخاصة بإنشاء البنوك و المؤسسات المالية بموجب القانون رقم 1223-2000 المذكور أعلاه، ويشترط لمزاولة نشاطها حصولها على اعتماد المجلس الوطني للائتمان كما يخضع نشاطها لرقابة اللجنة المصرفية³

وبذلك يتضح لنا أن المشرع الفرنسي أدرك أهمية ممارسة هذا النشاط وآثاره الاقتصادية، فأشترط أن تكون الشركة الوسيط مؤسسة مالية تخضع للأنظمة المصرفية، وقد كان

¹ المرجع نفسه، ص 111 .

² Article 1 : du Ordonnance n 2000-1223 2000-12-14, JORF du 16 décembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2001 relative a l'activité et au contrôle des établissements de crédit « Les établissements de crédit sont des personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque.

Les opérations de banque comprennent la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que la mise à la disposition de la clientèle ou la gestion de moyens de paiement. »

³ « Les sociétés d'affacturage, comme les banques, sont des établissements de crédit régis par la loi bancaire du 24 janvier 1984. A ce titre, elles doivent être agréées par le Comité des Etablissements de Crédit et sont soumises au contrôle de la Commission Bancaire. Elles doivent respecter la réglementation bancaire qui leur impose notamment des ratios de couverture et de division des risques. » Voir Alexandre Michaud : L'affacturage, Les Cahiers de l'Observatoire n°168, Janvier 2001, p 1.

هدفه من وراء ذلك حماية المشاريع التي تتعامل معها وكذا حماية الإقتصاد ككل خاصة أن المؤسسات المالية تبتغي استثمار أموالها والقيام بالعمليات الائتمانية لتحقيق الأرباح.

أما بالنسبة للدول العربية، فتعتبر ماروك فاكترونغ Maroc Factoring أول شركة وسيط يتم إنشاؤها في إفريقيا و الوطن العربي، ولقد تأثر المشرع المغربي بالمشرع الفرنسي بحيث اعتبر أن عقد تحويل الفاتورة نشاط بنكي لذلك لم يدرج هذا العقد كعقد مسمى مثل ما ذهب إليه المشرع الجزائري بل تم إدراجه في القانون رقم 1-93-147 المؤرخ في 06 جويلية 1993 المتعلق بنشاط مؤسسات الائتمان و مراقبتها، وبموجب هذا القانون فإن المؤسسات المصرفية هي التي تمارس في إطار نشاطها البنكي هذه العملية¹، بعد اعتمادها من طرف وزير المالية بناء على رأي بالمطابقة من لجنة مؤسسات القرض حسب ما نصت عليه المادة 21 من ذات الظهير، ولم يخص لعقد تحويل الفاتورة في المغرب إلا مادة واحدة، هي المادة التاسعة التي تنص على أنه "تعتبر من قبيل شراء الفاتورات بالمعنى المراد في ظهيرنا هذا كل اتفاقية تلتزم إحدى مؤسسات الائتمان بتحصيل الديون التجارية المستحقة لعملائها و بتسيير تداولها إن اقتضى الحال، و ذلك إما أن تشتري الديون المذكورة و إما أن توكل الدائن في تحصيلها"، مما يعني أن فكرة الحلول تستند في المغرب على وضع الشركة اتفاقية نموذجية كما هو معمول به في فرنسا.

وفي لبنان تم تأسيس أول شركة فاكترونغ سنة 2000 وهي "الشركة اللبنانية للفاكترونغ ش م ل سوليفاك" وهي خاضعة لنظام المؤسسات المالية المنصوص عليه في المادة 187 من قانون النقد والتسليف المنفذ بالمرسوم رقم 13513 المؤرخ في 1963/08/01.²

أما بالنسبة لتونس فقد نظمت العقد بإستعمال آليات قانونية خاصة هي القانون رقم: 04-98 المؤرخ في 1998/02/02 والمعدل بالقانون رقم (2001.91) المؤرخ في 07 أوت 2001 المتعلق بشركات استخلاص الديون، وهي شركات تجارية متخصصة في مجال الفاكترونغ

¹ R. Zouaimia ,op-cit,p, 119.

² تم نشر اسم شركة ش م ل سوليفاك اللبنانية بموجب القرار الصادر عن بنك لبنان رقم 7507 بتاريخ 2000/01/12 المعدل بالقرار رقم 8946 المؤرخ في 2005/01/13، انظر نادر عبد العزيز شافي، المرجع السابق، ص18

بعد الترخيص لها بذلك من قبل وزير المالية¹ وقد تم إنشاء العديد من الشركات التونسية و من بينها Factoring Tunisie و شركة Union factoring

أما في مصر فتعتبر شركة Egypte Factor أول شركة مصرية تم ترخيصها متخصصة في خدمات التخصيم « Factoring » (وهي التسمية التي تبناها المشرع المصري) ، تم إنشاؤها في 14 نوفمبر 2006، تحت رقم قيد 21145 كشركة مساهمة ذات رأس مال مبدئي قدره 50 مليون دولار أمريكي، وقد إعتبر المشرع المصري أن نشاط التخصيم هو خدمة مالية غير مصرفية تقوم في إطاره شركة التخصيم بشراء الحقوق المالية الحالية والآجلة من بائعي السلع والخدمات مع تقديم الخدمات المرتبطة بذلك²

و قد إشترط قرار مجلس الوزراء المصري رقم 03-1446 المعدل بالقرار رقم 07-162 المؤرخ في 25-يناير 2007 المتضمن تعديل بعض أحكام اللائحة التنفيذية لقانون ضمانات و حوافز الاستثمار ، لمباشرة نشاط التخصيم أن تباشر الشركة نشاطها في إطار الضوابط والمعايير التي يضعها مجلس إدارة الشركة وفقا للمعايير المتعارف عليها وفي حدود القوانين واللوائح والمعمول بها وتخطر بها الهيئة، وأن تمسك الشركة الدفاتر التي تثبت فيها تفاصيل العمليات وطبيعة النشاط محل العقد وقيمتها وأجل الائتمان وطريقة وسداد الأرصدة المستحقة، كما يتوجب عليها الحصول فور تأسيسها على عضوية إحدى المجموعات الدولية لشركات التخصيم التي تنظم ممارسة نشاط التخصيم الدولي كمجموعة شركات التخصيم الدولية ، كما يتعين على الشركة اتخاذ التدابير المناسبة من أجل ممارسة نشاطها في الأسواق الخارجية التي لا تتوافر فيها خدمات التخصيم الدولي³.

ثانيا : في التشريع الجزائري:

بالرجوع إلى المرسوم التشريعي رقم 93-08 المعدل للقانون التجاري نجد أن المشرع الجزائري عندما أدرج عقد تحويل الفاتورة ضمن السندات التجارية فإنه لم يبين الجهة المخولة قانونا

¹ الجريدة التونسية عدد 65.

² انظر المادة 01 من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 07-162 المؤرخ في 25 يناير 2007 بشأن تعديل بعض أحكام اللائحة التنفيذية لقانون ضمانات وحوافز الإستثمار ،جريدة الوقائع المصرية عدد 25.

³ انظر المادة 05 المرجع نفسه.

لإعتماد ومراقبة هذه الشركة، بل اكتفى في نص المادة 543 مكرر 18 ق ت ج على أنه: "تحدد شروط تأهيل الشركات التي تمارس تحويل الفاتورة عن طريق التنظيم"، هذا ما أدى فيما بعد بالمشروع الجزائري إلى إصدار المرسوم التنفيذي رقم 95-331 المتعلق بشروط تأهيل الشركات التي تمارس تحويل الفواتير¹، وهنا نجد أن ممارسة هذه الشركات لنشاطها مرتبط بضرورة أن تنشأ في قالب قانوني معين وأن تستجيب لمجموعة من الشروط و الضوابط الخاصة بممارسة النشاط .

1- الشروط الخاصة بممارسة النشاط :

وتتعلق هذه الشروط بالشكل القانوني التي تتخذه للشركة الوسيط وكذا الحصول على التأهيل اللازم لممارسة النشاط.

1-1 الشكل القانوني الخاص بالشركة الوسيط:

تنص المادة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 95-331 على أنه: "...يحدد هذا المرسوم الشروط المطلوبة توفرها في الشركة المتخصصة في عمليات تحويل الفاتورة و التي تدعى محولة فواتير"

من خلال نص المادة نلاحظ وجود تشتت في النظام القانوني لعقد تحويل الفاتورة بين القانون التجاري والمرسوم التنفيذي رقم 95-331، ومن نتائجه التناقض الملاحظ بين النصين فالمشروع الجزائري لم يتحرر مرة أخرى الدقة في استعمال المصطلحات ، ففي المرسوم التشريعي رقم 93-08 المعدل و المتمم للقانون التجاري استعمل المشرع مصطلح محددة لتعيين الطرف الممول و هو "الشركة الوسيط" لكن بعد صدور المرسوم التنفيذي رقم 95-331 نجد أن المشرع الجزائري استعمل عبارة أخرى لتعيين الطرف الممول وهي عبارة "محولة فواتير" فهذه العبارة تبدو غامضة و غير صحيحة ، فالشركة الوسيط ليست محولة فواتير لأنها لا تقوم بتحويل الفواتير بل هي من تحول إليها الفواتير التجارية عن طريق عقد تحويل الفاتورة، فكان على المشرع الجزائري أن يراعي مسألة الاحتفاظ بنفس المصطلحات و أن يختار مصطلحات تتماشى مع معطيات طبيعة العقد حتى لا يقع في هذا اللبس و الغموض.

¹ المرسوم التنفيذي رقم: 95-331 المؤرخ في 23 أكتوبر 1995 المتعلق بشروط تأهيل الشركات التي تمارس تحويل الفواتير، ج ر 64 المؤرخة في 19 أكتوبر 1995، ص 19.

أما بالنسبة لشكل الشركة فقد اوجب المرسوم التنفيذي رقم 95-331 أن تتخذ الشركة محولة الفواتير كما سماها في المادة 01 من هذا المرسوم أحد الشكلين:

- شركة مساهمة أو

- شركة ذات مسؤولية محدودة، المؤسسة ذات الشخص الوحيد و ذات المسؤولية المحدودة.

وهي تخضع للتشريع والتنظيم المطبقين على الشركات التجارية.

فشركة المساهمة هي الشركة التي ينقسم رأسمالها إلى أسهم وتتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا بقدر حصتهم ولا يقل عدد الشركاء عن¹07

أما الشركة ذات المسؤولية المحدودة، المؤسسة ذات الشخص الوحيد و ذات المسؤولية المحدودة فهي تلك الشركة التي تؤسس في صورة شخص واحد أو عدة أشخاص لا يتحملون الخسائر إلا في حدود ما قدموا من حصص².

إذا وباستقراء نص المادة نجد أن الشركة الوسيط تخضع في إنشائها وسيرها إلى الأحكام الخاصة بالشركات التجارية الواردة في القانون التجاري والقانون المدني الجزائري، وتخضع بهذا للقيود في السجل التجاري مع كل ما يترتب على ذلك من آثار قانونية، وهو ما نصت عليه المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 95-331 بنصها على أنه "تعتبر محولة الفواتير التي تقوم في إطار مهنتها العادية بعملية تحويل الفواتير حسب مفهوم المادة 543 مكرر 14 من القانون التجاري شركة تجارية تؤسس في شكل شركة مساهمة و شركة ذات مسؤولية محدودة"

1-2 الحصول على التأهيل اللازم لممارسة النشاط:

بالإضافة إلى الشكل القانوني الخاص بالشركة الوسيط و المحدد في نوعين من

الشركات حسب ما تم بيانه، نصت المادة 03 من ذات المرسوم التنفيذي على انه "لا يمكن أن تمارس الشركة نشاطها إلا بعد حصولها على التأهيل من الوزير المكلف بالمالية " وهنا نلاحظ أن المشرع الجزائري قد منح الوزير المكلف بالمالية اختصاص منح التأهيل للشركة الوسيط، وذلك بعد

¹ انظر المواد من 592 إلى 715 مكرر 132 ق ت ج.

² انظر المواد من 564 إلى 591 المرجع نفسه

تقديمها طلب كتابي لذات الغرض مع بيان الوثائق التي تثبت إمكانية تأهيلها و تتمثل هذه الوثائق حسب ما نصت عليه المادة 05 من ذات التنفيذي في :

- القانون الأساسي للشركة
- حصيلة الافتتاح تستخلص منها أصول صافية فعلية متوفرة أو قابلة للتحقق تخصص لعمليات تحويل الفاتورة
- وصل التسجيل في السجل التجاري

و بإستفء هذه الشروط فإن الوزير المكلف بالمالية يمنح التأهيل للشركة الوسيط ، وينشر قرار التأهيل في الجريدة الرسمية ، حسب ما نصت عليه المادة 08 من ذات المرسوم التنفيذي .

2- ضوابط ممارسة النشاط:

في مقابل الشروط الخاصة بالإنشاء و منح التأهيل فإنه يقع على عاتق الشركة الوسيط جملة من الالتزامات و الضوابط لا بد من مراعاتها حددتها المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 95-331 و تتمثل في :

- 1- على الشركة الوسيط المؤهلة أن تحافظ دائما على الحد الأدنى من الأصول الصافية الفعلية المذكورة في نص المادة 05 من هذا المرسوم و المخصصة لعمليات تحويل الفواتير
- 2- تلتزم الشركة المؤهلة بإرسال الحصيلة الختامية إلى الوزارة المكلفة بالمالية كل سنة مصحوبة بالمعلومات التفصيلية عن الوضعية المالية التي تسمح بإثبات أن الشركة الوسيط تملك الحد الأدنى من الأصول الصافية الفعلية المطلوبة.
- 3- تلتزم الشركة الوسيط بأن تمكن الأعوان الذين يعينهم الوزير المكلف بالمالية بالاطلاع على العقود المبرمة مع المنخرطين و على كل الوثائق التي لها صلة بهذه العقود و التي يكون تبليغها ضروريا للقيام بمهمتهم.

أما فيما يتعلق بقرار سحب التأهيل فقد نصت المادة 09 من ذات المرسوم التنفيذي على أن الشركة الوسيط تخضع لرقابة وزير المالية الذي يسحب بقرار جزئي أو كلي تأهيل أي شركة تفقد أحد الشروط المحددة في هذا المرسوم ، وينشر قرار السحب في الجريدة الرسمية

إذا و في مقابل الشروط الخاصة بمنح التأهيل و كذا خصوصية الرقابة المفروضة على هذا النوع من الشركات فإن السؤال الذي نطرحه: هل يتوجب على الشركة الوسيط أو محولة الفواتير أن تتخذ من عقد تحويل الفاتورة نشاطا رئيسيا ؟

إن إجابة هذا السؤال على قدر كبير من الأهمية ، فالمشرع الجزائري اعتبر أن الشركة الوسيط حسب نص المادة 543 مكرر 14 ق ت ج "شركة متخصصة" في حين نص في المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 95-331 على أن محولة الفواتير تقوم في إطار "مهنتها العادية" بعملية تحويل الفواتير أي أنها تمارس نشاطها بصفة معتادة و منتظمة ، غير أن هذه العبارات و إن كانت تتضمن عنصر الاعتياد إلا أنها لا توضح ما إذا كان من الواجب على الشركة الوسيط أن تمارس نشاطها بصفة رئيسية ، بمعنى آخر أن يقتصر نشاط هذه الشركة على عملية مصرفية واحدة هي عقد تحويل الفاتورة... كما هو جاري العمل به في التشريع المصري فالبنوك المصرية التي ترغب في تقديم خدمات عقد تحويل الفاتورة تواجه بعقبة قانونية وهي أنها محضور عليها تقديم هذه الخدمات من خلال فروعها بل يتعين عليها إنشاء شركات مستقلة متخصصة في خدمات عقد تحويل الفاتورة فقط حسب ما جاء في المادة 07 من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 162 لسنة 2007 المتضمن شروط وضوابط ممارسة نشاط التخصيم

وأمام غياب نص قانوني في التشريع الجزائري يمنع البنوك من ممارسة نشاط عقد تحويل الفاتورة باعتباره تقنية للتمويل قصيرة الأجل، سواء في القانون التجاري أو في الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 المعدل والمتمم بالأمر رقم 10-04 المؤرخ في 26 أوت 2010 المتعلق بالنقد و القرض¹ ، و بالتالي يجوز للبنوك القيام بهذا النشاط و ذلك بفتح فروع تتوفر على هذه الخدمة، باعتبار أن البنوك تقوم بجميع العمليات المصرفية المتمثلة في تلقي الأموال من الجمهور وعمليات القرض و وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن و إدارة هذه الوسائل² ، إلا أن ذلك قد يستدعينا إلى التفكير في مسالة الإحالة من القانون التجاري إلى القانون البنكي و التساؤل في مدى أحقية المعطيات المتعلقة بإنشاء الشركة الوسيط

¹ ج ر عدد 50 ، المؤرخة في 01-09-2010، ص 11

² انظر المادة 66 من الأمر رقم: 10-04 المتعلق بالنقد و القرض.

فهل هو موقف متعمد من المشرع الجزائري؟ أم هو خلط أم هو طابع خصوصي فقط تتميز به هذه الشركات؟.

خاصة وأن الأمر مغاير تماما لما هو معمول به في التشريعات المقارنة، فالشركة الوسيط هي شركة تجارية لكنها موضوعة تحت وصاية و رقابة وزارة المالية بمعنى انه تم منح تنظيم نشاط مالي و مصرفي للجهاز التنفيذي، و هذا الأمر مخالف تماما لتأسيس البنوك و المؤسسات المالية التي تخضع في سيرها و إنشائها لقانون النقد و القرض¹، فعلى خلاف ما هو وارد في المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 95-331 المتعلق بشروط تأهيل الشركات التي تمارس تحويل الفواتير التي أوجبت أن تتخذ الشركة الوسيط إما شكل شركة مساهمة أو شركة ذات مسؤولية محدودة، نصت المادة 1/83 من الأمر 10-04 المتعلق بقانون النقد و القرض على انه " يجب أن تؤسس البنوك و المؤسسات المالية الخاضعة للقانون الجزائري في شكل شركة مساهمة كما يدرس مجلس النقد و القرض جدوى اتخاذ بنك أو مؤسسة مالية شكل تعاضديه".

هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن تأسيس أو إنشاء بنك أو مؤسسة مالية يخضع للحصول على ترخيص من مجلس النقد و القرض بصفته سلطة نقدية، فيتخذ قرارات فردية تتعلق بالترخيص بفتح البنوك و المؤسسات المالية وكذا تعديل قوانينها الأساسية حسب ما نصت عليه المادة 62 من الأمر رقم 10-04 المتعلق بالنقد والقرض، و من أجل الحصول على هذا الترخيص فانه لا بد من مراعاة شروط معينة حددتها المادة 82 من ذات الأمر، و بعد الحصول على الترخيص طبقا لنص المادة 91 من هذا الأمر يمكن تأسيس الشركة و يمكن أن تطلب اعتمادها كبنك أو مؤسسة مالية حسب الحالة² و يمنح الاعتماد بمقرر من المحافظ و ينشر في الجريدة الرسمية، أما فيما يتعلق بسحب الاعتماد فهو يعود أيضا إلى اختصاص مجلس النقد و القرض.³

ضف إلى ذلك فإن البنوك و المؤسسات المالية تخضع لرقابة اللجنة المصرفية و التي تعد سلطة إدارية مستقلة مكلفة بمراقبة مدى احترام البنوك و المؤسسات المالية للأحكام التشريعية و

¹ R. Zouaimia, op-cit, p 122.

² انظر المادة 92 من الأمر رقم: 10-04 المتعلق بالنقد و القرض.

³ انظر المادة 95 من الأمر رقم 10-04، المرجع نفسه.

التنظيمية المطبقة عليها ، كما تسهر على احترام قواعد حسن سير المهنة¹ و هو ما يتعارض مع الرقابة الممنوحة للوزير المكلف بالمالية على نشاط الشركة الوسيط ، فمثل هذا الأمر يخلق جدالا على مستويات عديدة، مثال ذلك مدى إمكانية اللجنة المصرفية تطبيق أحكام الفقرة 04 من المادة 105 من الأمر 04-10 المتعلق بالنقد و القرض التي تمنح اللجنة المصرفية صلاحية معاينة المخالفات التي يرتكبها أشخاص يمارسون نشاطات البنك أو المؤسسة المالية دون الحصول على اعتماد أو تأهيل.

فإذا كانت الدولة تهدف إلى تحقيق الضبط الاقتصادي من خلال إقامة التوازن في السوق والسهر على احترام القواعد المنظمة له من طرف الأعوان الاقتصاديين، فإن ذلك لا يتأتى إلا بتجميع عدة وسائل متفرقة بين عدة هيئات في يد هيئة واحدة و تحت غطاء الفعالية تم منح مختلف الاختصاصات : التنظيمية، الرقابية ، القمعية للسلطات الإدارية المستقلة حيث يسمح لها ذلك التجميع في الوسائل والصلاحيات بتحسين تنظيم ومراقبة القطاع المكلفة بتنظيمه²، كما هو الشأن بالنسبة لسلطات الضبط المتمثلة في مجلس النقد والقرض واللجنة المصرفية غير أن المرسوم التنفيذي رقم 95-331 خلق قواعد جديدة في مجال عقد تحويل الفاتورة و من نتائجه عدم احترام قاعدة توازي الأشكال، وكذا خلق حلقات مفرغة و ثغرات قانونية في الإجراءات المتعلقة بتنظيم نشاط الشركة الوسيط.

فكان على المشرع عند تنظيمه لعقد تحويل الفاتورة إما أن يوكل هذا النشاط للبنوك والمؤسسات المالية وبالتالي يخضع هذا النشاط للأحكام المتعلقة بالعمليات المصرفية من حيث تنظيم المهمة والرقابة الممارسة عليها كما ذهب إليه المشرع المغربي أين اعتبر أن عقد تحويل الفاتورة نشاط بنكي محض تقوم به البنوك³، أو أن يقوم بتنظيم هذا النشاط شركات متخصصة يتم تنظيمها بموجب قانون خاص كما ذهب إليه المشرع التونسي من خلال وضع شركات استخلاص الديون، فكان من المستحسن الاستفادة من التجربة التونسية من خلال تنظيمه لشركات استخلاص الديون التي تعتمد على وضع نص خاص دون أي تفويض لنص تنفيذي مما سمح

انظر المادة 105 من الأمر رقم: 04-10 المرجع نفسه.

² وليد بوجملين: "سلطات الضبط الإقتصادي في القانون الجزائري"، دار بلقيس، الجزائر، 2011، ص 176.

³ توفيق عبد العزيز: مدونة التجارة المغربية، دار الثقافة، الدار البيضاء، المغرب، 1996، ص 09

للمشرع التونسي الإمام بالعقد¹، وبالتالي على المشرع الجزائري أن يضع أحكام العقد بموجب قانون يتفادى فيه الإحالة العامة إلى التنظيم لتوضيح كفاءات تطبيقه، خاصة وأن هذه الثغرات القانونية جعلت النظام الجزائري إلى يومنا هذا لم يخرج من نطاق التجربة القانونية إلى التجربة العملية أو التطبيقية.

المطلب الثاني: شروط صحة عقد تحويل الفاتورة

يتضمن عقد تحويل الفاتورة مجموعة من الشروط القانونية والتي تنظم مجموع العلاقات بين الوسيط والمنتمي ليواجه سلسلة من العمليات المتتابعة تحت عنوان الاتفاق الإطار " convention cadre" و تتمثل هذه الشروط في:

الفرع الأول : الشروط الموضوعية:

يجب أن يتوافر في عقد تحويل الفاتورة الأركان الأساسية العامة الواجب توافرها في سائر العقود من أجل اعتباره جائزا أو صحيحا، وبما أن عقد تحويل الفاتورة يعتبر في الأساس من العقود الرضائية التي تتطلب الإيجاب والقبول فإنه يجب أن يتوافر على شروط موضوعية وهي: الرضاء، المحل، السبب.

فالرضاء يجب أن يكون صحيحا لا يشوبه عيب من عيوب الإرادة كالإكراه، الاستغلال، التدليس أو الغلط، فإذا كان عقد تحويل الفاتورة مشوب بعيب من هذه العيوب كان العقد قابلا للإبطال²، كوقوع الشركة الوسيط بالغلط إذا وافقت على شراء الديون التجارية من المنتمي بناء على معلومات غير صحيحة قدمها عن نشاطه أو مركزه المالي أو التجاري أو نشاط أو مركز مدنيه، غير أنه من المستبعد عمليا أن تكون إرادة المنتمي مشوبة بعيوب الرضاء فهو يتوجه بإرادته إلى الوسيط لإجراء الاتفاق ولا يجوز له أن يدعي أنه قد وقع في غلط حول طبيعة العقد أو حول الصفات الجوهرية للديون التجارية موضوع العقد.

¹ R. Zouaimia, Op-cit,p, P125.

² انظر المادة 81 ق م ج.

أما محل عقد تحويل الفاتورة فهو الحق أو الدين التجاري الثابت في الفاتورة وموضوعه سلعة أو خدمة يتم تسديد ثمنها لأجل محدد سلفاً وضمن فواتير تجارية تتضمن القيمة المالية لتلك السلعة أو الخدمة، والآجال الممنوحة الدفع وطبيعة الزبون المتعامل معه و هو ما يستنتج من نص المادة 1/02 من المرسوم التنفيذي رقم 05-486 المؤرخ في 10-12-2005 المحدد لشروط تحرير الفاتورة و سند التحويل ووصل التسليم و الفاتورة الإجمالية و كفاءات ذلك¹، والتي تنص على أنه "يجب أن يكون كل بيع سلع أو تأدية خدمات بين الأعوان الاقتصاديين موضوع فاتورة " ،

كما يشترط في هذا الدين أن يكون ممكناً أو محددًا بدقة و مشروعاً كما يجب أن يكون تجارياً وذلك على النحو التالي:

أولاً - أن يكون الدين موجوداً:

المبدأ العام أن يكون محل كل عقد موجوداً عند إبرام العقد، وبذلك فإن الديون التجارية الحاضرة هي الديون التي يجوز للمنتمي أن يتصرف فيها عن طريق عقد تحويل الفاتورة وهي الحقوق التي يملكها بتاريخ العقد، فوجود الدين التجاري ليس شرطاً مستقلاً في محل العقد بل هو لازم لتحقيق العقد² على أنه يجوز التعاقد على دين مستقبلي إذا كان بالإمكان تحديده عند التعاقد³، والديون المستقبلية هي التي لا يكون للدائن فيها حق ظاهر كأن يكون للمنتمي مجرد مفاوضات مع مدين محتمل في بيع بضائع معينة، ولكي يصح التعاقد على حقوق مستقبلية يقتضي أن يتم الاتفاق على مواصفات محددة و على الالتزامات المتقابلة بين الأطراف و على تاريخ تنفيذ العقد، هذا و قد أجازت اتفاقية أوتاوا الخاصة بالفاكتورينغ الدولي التعاقد على ديون مستقبلية بين الشركة الوسيط و المنتمي بشرط أن تكون قابلة للتحديد و هو ما نصت عيه المادة 405 من الاتفاقية

¹ - ج ر عدد 80، ص 18 .

² - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 207.

³ انظر المادة 1/92 ق م ج

⁴ Dans les seuls rapports entre les parties au contrat d'affacturage :

a- Une clause du contrat entre les parties d'affacturage prévoyant la cession de créances existantes ou future est valable même en l'absence de leur désignation individuelle, si mors..de la conclusion du contrat ou a leur désignation elle sont déterminables_____

ثانيا- أن يكون الدين معينا أو قابلا للتعيين:

تفترض القواعد العامة أن يكون محل العقد معينا بدقة وأن يتناول التعيين ماهية المحل ومقداره، على أنه يكفي أن يعين نوع الشيء وأن يتضمن العقد ما تمكن معه تعيين المقدار فيما بعد¹، وبالنسبة لعقد تحويل الفاتورة فإنه لا يجوز التعاقد على دين غير محدد كأن يقع على قسم من ديون المنتمي دون أن يتم تحديد مقدارها، ومن ثم فإنه لا بد من الالتزام بقدر قيمة الديون التجارية دون أن يكون لتغيير قيمتها في الفترة مابين نشوء الالتزام و الوفاء به أي تأثير، معنى ذلك أن الشركة الوسيط ملزمة بأن تفي للمنتمي بنوع الدين و مقداره دون أن يكون لارتفاع أو انخفاض قيمته أي تأثير²، على أنه لا يشترط في التعيين أن يتم من قبل المنتمي، بل يصح أن يوكل أمره إلى الشركة الوسيط إذ يضع المنتمي أمامها كافة فواتيرها على مدينيه، وتقوم الشركة الوسيط باختيار الديون التي ترى إمكانية في تعجيل ثمنها تكريسا لمبدأ القبول.

ثالثا - أن يكون الدين مباحا (مشروعا):

المبدأ العام في التعامل المالي هو أن كل ما هو غير ممنوع مباح، فالإباحة هي القاعدة والمنع هو الاستثناء فيعتبر باطلا كل عقد يوجب تصرف لا يبيحه القانون، و بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم ينظم بأحكام خاصة في عقد تحويل الفاتورة الأموال التي يجوز أن تكون محلا لهذا العقد مكتفيا بذكر عبارة "حقوق الديون التجارية" بموجب المادة 543 مكرر من ق ت ج لذلك فهي تخضع في هذا المجال للقواعد العامة، فلا يجوز أن يقع العقد على ديون تتعلق بأشياء غير قابلة للتداول أو أن تكون وهمية أو ناشئة عن غش أو احتيال أو أي سبب آخر غير مباح.

أما فيما يتعلق بالسبب وباعتباره ركن في العقد فهو يمثل الغرض الذي يقصد الملتمزم الوصول إليه جراء رضائه تحمل الالتزام، وبمعنى آخر الغاية التي يستهدف الملتمزم تحقيقها نتيجة

b- « Une clause du contrat d'affacturage en vertu de la quelle des créances future sont cédés, opère leur transfert aux cessionnaires des leur naissance ; sans nécessite d'un nouvel acte de transfert », convention d'unidroit sur l'affacturage international ,09-08-2012
www.convention otawa.org

¹ عمار عمورة : المرجع السابق ، ص 300.

² انظر المادة 95 ق م ج.

التزامه ، ويشترط في الالتزام أن يكون موجودا و صحيحا و مشروع غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة¹ و هو ما نصت عليه المادة 97 من ق م ج بنصها على أنه "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام و الآداب العامة كان العقد باطلا" ، و بالنسبة لعقد تحويل الفاتورة فإذا كان سبب التزام المنتمي هو حاجته للسيولة النقدية، فإن سبب التزام الشركة الوسيط هو استثمار أموالها أو الحصول على الأرباح و الفوائد الناتجة عن هذا العقد ، و لأن عقد تحويل الفاتورة تسبقه علاقة قانونية بين المنتمي و المدين فيجب أن تكون هذه العلاقة مشروعة و على من يدعي غير ذلك أن يثبت ذلك بكافة وسائل الإثبات².

الفرع الثاني: الشروط الشكلية:

يعتبر عقد تحويل الفاتورة من العقود الشكلية لذلك من الضروري كتابته من أجل إظهار جميع شروطه بشكل واضح و صريح، فعلى الرغم من عدم نص المشرع الجزائري على البيانات الواجب توافرها في عقد تحويل الفاتورة على غرار التشريعات المقارنة كما هو الشأن في التشريع الفرنسي و المصري، فإن العرف و الضرورات العملية للعقد استقرت في هذه التشريعات على أهمية كتابته، كوسيلة للإثبات يمكن الاحتجاج بها

وبشكل عام فإن هذا العقد يخضع للشروط التي تفرضها عملية انتقال الحقوق على أن تكون سريعة تتماشى مع طبيعة المعاملات التجارية³، وهي ترجع إلى الاتفاق الخاص بين المنتمي و الشركة الوسيط، هذا الاتفاق الذي يندرج ضمن الشرط الخاصة أو العقود النموذجية والتي تأتي في شكل إستثمارات تضعها هذه الشركات تتضمن جميع البيانات و المعلومات المتعلقة أساسا بنشاط المنتمي و حقوقه المثبتة في الفواتير وكذا الخدمات المقدمة من طرف الشركة الوسيط .

¹ محمد صبري السعدي : الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 217

² انظر الفقرة 1 من المادة 98 ق م ج.

³ محمد النوري: "بيع الفواتير - الفاكوتونج- " نحو توجه استراتيجي للتمويل الإسلامي في أوروبا الملتقى الثامن عشر، للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، دبلن، 2008، ص 20، و منشور على شبكة الانترنت على الموقع: <http://www.aawast.com/default.asp>

و بالإضافة إلى ذلك فإنه يجوز للشركة الوسيط و المنتمي الاتفاق على شروط خاصة يمكن اعتبارها بمثابة شروط اختيارية وهي شروط مرنة يمكن مناقشتها بين الطرفين ذلك أن لكل شركة خصوصياتها التي يجب مراعاتها ، كما تسمى هذه الشروط "بالشروط الملحقة" التي تضاف إلى الشروط العامة الأساسية والتي تتماشى مع طبيعة العقد، وهذه الشروط عادة ما تكون ذات طابع تقني، توضح في معظمها وتفصل طرق تطبيق أو أعمال الشروط العامة، وفي هذا الصدد ، فإننا سنأخذ على سبيل المثال الشروط الخاصة بالشركة الفرنسية¹ Facto France Heller باعتبارها رائدة في هذا المجال ، وفي كل الأحوال فإن هذه الشروط يمكن أن تتغير بحسب محتوى العقد، وعلى العموم فهي تحكم النواحي التالية :

- مجال تطبيق العقد وإنشائه.
- إجراءات تقديم الفواتير والوثائق المثبتة للحقوق التجارية الثابتة بها.
- طريقة تسديد الفواتير.
- مبدأ القصر أو مبدأ الجماعية.
- عمولة التحويل ومصاريف التمويل (الفوائد).
- دخول العقد حيز التنفيذ ومدة العقد .

كما وقد يلزم عقد تحويل الفاتورة المنتمي القيام ببعض الضوابط ويتعلق الأمر بـ:

- تقديم نسخ من فواتيره والوثائق الملحقة.
 - التأشير على الفواتير بوجوب إحضار الشركة الوسيط مباشرة في حالة النزاع.
 - تزويد الشركة الوسيط بكل الوثائق المثبتة لإرسال البضائع أو انجاز الخدمات .
- كما يمكن للوسيط أن تفرض على المنتمي بعض الشكليات ذات الطابع الإداري كإلزامه بالتأشير على فواتيره برقم "حساب عميل" تقرر الشركة الوسيط بنفسها تاريخ التسليم وطريقة التسديد المتفق عليه

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد منح الشركة الوسيط وهي تقوم بمهامها مع المنتمي كامل الحرية في الاتفاق على الكيفيات العملية لتحويل الديون وهو ما نصت عليه المادة 543

¹ انظر الملحق

مكرر من المرسوم التشريعي 93-08 المعدل والمتمم للقانون التجاري بنصها على أنه "ينظم الوسيط والمنتمي بكل حرية وعن طريق الإتفاق الكيفيات العملية لتحويلات الدفعات المطابقة لحواصل التنازل" ويفهم من نص المادة أن الاتفاق المبرم بين الوسيط والمنتمي يخضع كغيره من العقود للحرية التعاقدية¹ فهو من العقود الرضائية التي تستوجب الإيجاب والقبول لانعقاده، ويترتب على ذلك حرية الأطراف على الاتفاق من حيث شكل العقد وعلى أحكامه وهو ما تؤكد المادة 543 مكرر 17 المذكورة أعلاه.

ملخص الفصل الأول

لعلاج مشاكل التمويل و تحصيل الديون التجارية يعتبر عقد تحويل الفاتورة من العقود الإئتمانية المستحدثة القائمة على إلتزام المنتمي بأن يُقدّم للشركة الوسيط كافة فواتيره وديونه التجارية المترتبة له بذمة مدينه، لتقوم هذه الأخيرة بانتقاء الفواتير والديون التي ترى إمكانية في تحصيلها . فإذا وافقت على كل أو بعض تلك الديون، تقوم بشرائها لقاء تعجيل قيمتها للمنتمي قبل تاريخ استحقاقها، مقابل نسبة معينة من تلك الديون، وحقها في الحلول محله تجاه مدينه، مع ضمان عدم الرجوع على المنتمي في حالة عدم التحصيل.

ينقسم العقد من حيث الوظيفة إلى عقد تحويل الفاتورة الكلاسيكي، و عقد تحويل الفاتورة لأجل، وعقد تحويل الفاتورة مع حق الرجوع على المنتمي، أما من حيث مجال النشاط فينقسم إلى: عقد تحويل الفاتورة الداخلي، وعقد تحويل الفاتورة الدولي.

¹ انظر المادة 106 من القانون المدني الجزائري

الفصل الأول: النظام القانوني لعقد تحويل الفاتورة.

كما أن له خصائص كونه عقد قائم على الاعتبار الشخصي، عقد تجاري و عقد ذو طبيعة ائتمانية إلا أن له مميزات تميزه عن غيره من العقود المشابهة كعقد خصم السندات التجارية، عقد الكفالة، عقد تأمين القرض عند التصدير.

يستوجب عقد تحويل الفاتورة تدخل طرفيه هما الشركة الوسيط و المتممي. يجب أن يتوافر فيه الأركان الأساسية: الرضاء، المحل، السبب. باعتبارها شروط موضوعية، كما يعتبر عقد تحويل الفاتورة من العقود الشكلية لذلك من الضروري كتابته من أجل إظهار جميع شروطه بشكل واضح وصريح.

الفصل الثاني: آثار عقد تحويل الفاتورة

يعتبر عقد تحويل الفاتورة من العقود التي يستند كيانها إلى اعتبارات الثقة الشخصية والتي تحول العقد من مجرد حقوق والتزامات بين أطرافه إلى نوع من الشراكة متعددة المصالح، فالعقد بطبيعته يخلق رابطة المصلحة المشتركة بين الشركة الوسيط و المنتمي ، فمن جهة المنتمي فإن تحقيق هذه الأهداف يعني نجاح المشروع الاقتصادي الذي يملكه، ومن ناحية الشركة الوسيط فإن زيادة عدد الزبائن يعني زيادة الفواتير المقدمة إليها، وبالرغم من أن عقد تحويل الفاتورة يضع على الساحة العملية ثلاث أطراف (الوسيط، المنتمي، المدين) ، إلا أنه يظهر من خلال النصوص التنظيمية له تنظيم التزامات طرفين فقط هما المنتمي والوسيط، وفي المقابل تترتب حقوق صريحة ومتبادلة بهدف إعطاء شكل معين لعلاقتهم

ومن ثم فإن آثار هذا العقد تظهر من خلال التركيز على الغاية التي وجد من أجلها والتي تخدم مصالح الأطراف، ولن نتبع في دراستنا لهذا الفصل النمط التقليدي في عرض الحقوق و الالتزامات بل سيكون من خلال الفكرة المحورية التي تنظم العقد وهي فكرة الائتمان ، وتفصيلا لما سبق سنتناول في الفصل الثاني حقوق و التزامات المنتمي و الشركة الوسيط على النحو التالي:

المطلب الأول: معايير الاستحقاق التي تسري على العملاء

المطلب الثاني : ضمانات الحق التجاري و إستحقاق عمولة الائتمان

المبحث الأول: إجراءات تحويل الحقوق التجارية

إن التوسع الذي تشهده الحياة التجارية في استخدام عقد تحويل الفاتورة يرتبط بصفة أساسية بالمزايا الاقتصادية المتعددة التي يحققها هذا العقد لأطرافه لاسيما في حالة المؤسسات الصغيرة و المتوسطة التي تفتقر إلى إدارة متخصصة تعنى بتحصيل الديون أو متابعة المدينين ، وفي سبيل تحقيق هذه الأهداف يستوجب عقد تحويل الفاتورة أن يقوم المنتمي بنقل حقوقه التجارية المثبتة في الفواتير إلى الشركة الوسيط، ولضمان هذا الانتقال وتطبيقا للقواعد العامة، فإنه يقع على عاتقه إعلام الشركة بكافة المعلومات المتعلقة بالحق التجاري مع التزامه بوجوده، كما يلتزم بنقل هذا الحق مع ما يكفله من ضمانات في مقابل حصول الشركة الوسيط على عمولة نظير خدماتها، تبعا لذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين ،نتناول في :

المطلب الأول: التزام المنتمي بالإعلام

المطلب الثاني: ضمانات الحق التجاري و استحقاق عمولة الائتمان

المطلب الأول: التزام المنتمي بالإعلام

تجنبنا لدرء المخاطر فإن الشركة الوسيط لا تتعامل مع عميلها المنتمي إلا وفق معايير معينة تضعها سلفا تتيقن معها بعد دراسة مستفيضة لأوضاع المنتمي ومراكز مدينيه، فهي لا تكتفي بأن يكون المنتمي أمينا يملك مؤسسة غير معرضة لمشاكل مالية أو خطر الإفلاس، فهذه العناصر لا تكفي الشركة الوسيط لمنح الائتمان مع ضمان النهاية الحسنة للعقد، لذلك فإنها تقوم بإختيار زبائنها بعد تحريات واسعة عن ملاءتهم وأمانتهم انطلاقا من المعلومات التي يلتزم المنتمي بتقديمها للشركة والتي تحيط بالحقوق التجارية موضوع العقد وهذا لتكريس مبدأ قبول الفواتير حتى يكون حجة في مواجهة المدين ، تبعا لذلك سنتناول في هذا المطلب معايير الاستحقاق التي تسري على العملاء كفرع أول ،وتكريس مبدأ القبول و إخطار المدين كفرع ثاني وذلك على النحو التالي :

الفرع الأول: معايير الإستحقاق التي تسري على العملاء

تعتبر عملية إختيار الشركة الوسيط لعملائها (المتمي و المدين) من أهم مراحل عقد تحويل الفاتورة، ولتحديد معايير الإختيار التي تسري على العملاء فإن هذه العملية منوطة بمرحلة التفاوض *Négociation ou pourparlers précontractuelle* أو المرحلة السابقة على إبرام العقد *Période Précontractuelle* و تحظى هذه الأخيرة بأهمية كبيرة في العقود التقليدية أو الحديثة و التي تستغرق أحيانا وقتا لما تتضمنه من تحديد لأبعاد التعاقد النهائي وكيفية تنفيذه وبما ينجم عن مرحلة المفاوضات من مشاكل قانونية متعددة كحماية أطراف العقد المراد إبرامه والإخلال اللاحق بينود التفاوض السابق تحديدها، وكذا نوع المسؤولية المترتبة في هذه المرحلة، وغيرها من المشاكل¹ مما يستوجب على أطراف المرحلة السابقة على التعاقد، التفاوض بأمانه وحسن نية، والتفاهم على تفاصيل العقد.

من هذا المنطلق أصبحت المرحلة السابقة على إبرام العقد وخاصة في مجال العقود التجارية ممتدة الآثار والتنفيذ، تقوم على إتباع إستراتيجية معينة وتطبيق تكتيك ملائم لتنفيذها، ومهارات فنية في عالم التفاوض؛ مما يتطلب الكوادر الحقيقية التي تتوافر لها الخبرة التفاوضية والقدرة على تحديد الأولويات وهذا كله في إطار النزاهة والشرف والأمانة وتجنب الخداع والإرادة الجدية لتنظيم وتنسيق جدول الأعمال وكذا تحقيق الأهداف الأساسية للعملية ضمن أخلاقيات التفاوض وآدابه.

هذا و يحقق التفاوض على العقد *Négociation* هدفه قانونا في الوقت التي يصدر فيه الإيجاب إذ في هذه اللحظة الحاسمة تكون المفاوضات قد حققت الغرض الأسمى منها، وهو توصيل الطرفين المتفاوضين إلى إتفاق على جميع المسائل الجوهرية أو الأساسية للعقد الذي يسعيان لإبرامه²، وتنتهي مرحلة المفاوضات وتبدأ مرحلة إبرام العقد، إذا قام أحد الطرفين بتوجيه إيجاب بالعقد إلى الطرف الآخر، فإذا قبل الأخير هذا الإيجاب *Acceptation* دون قيد أو شرط، انعقد العقد نهائيا *Conclusion de Contrat* فالإيجاب إذا هو الحد الفاصل بين مرحلة

¹ العربي بلحاج : الإطار القانون للمرحلة السابقة على التعاقد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 09

² المرجع نفسه، ص 37

التفاوض على العقد ومرحلة إبرامه،¹ فحيث وجد الإيجاب أي العرض الكامل انتهى التفاوض؛ وحيث انعدم الإيجاب ظل الطرفان في مرحلة المفاوضات بشأن إبرام العقد.

وبالنسبة لعقد تحويل الفاتورة فإن المرحلة السابقة على التعاقد تعتبر من أهم المراحل و أخطرها على الإطلاق لأن الغرض منها هو الوصول إلى اتفاق مشترك على أساس تحقيق المصالح المتبادلة بين الشركة الوسيط و المنتمي، فالدعوة الخاصة لإجراء التفاوض أو التعاقد في العقد يجب أن تتضمن عرض بيانات واضحة ومفهومة للكافة لا يكتنفها أي غموض، ومن ثم فالمنتمي و الشركة الوسيط ملزمان بذكر العناصر والمواصفات والشروط الأساسية المتعلقة بمحل الالتزام. ويتعلق الأمر بالالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات اللازمة المتعلقة بالعقد **Obligation précontractuelle de renseignements**، و في سبيل تحقيق ذلك فإن الشركة الوسيط تلجأ قبل إبرام عقد تحويل الفاتورة إلى البحث و التحري عن المركز المالي لمؤسسة المنتمي و كذا بحث مدى قدرة مدينيه على الوفاء أي بحث معايير الاستحقاق التي تسري على العملاء .

أما بالنسبة للمشرع الجزائري و رغم التعديلات التي مست القانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20-06-2005 و كذا القانون رقم 05-07 المؤرخ في 13-05-2007 في كثير من مواده فإنه لم يهتم بمرحلة التفاوض و أغفل تنظيم الالتزام قبل التعاقد، كما أنه سكت عن حماية المتعاقد في المرحلة السابقة على التعاقد تاركا الأمر بيد القضاء الذي مازال يعتبر مرحلة التفاوض مجرد عمل مادي ملزم ولا ينشئ على عاتق الطرفين أي التزام² و ليس أمام المتفاوض المضور من جراء عملية التفاوض سوى اللجوء إلى طريق المسؤولية التقصيرية.

ومع غياب هذا النوع من الشركات في الجزائر سنحاول الوقوف عند التجربة الفرنسية في هذا المجال وسنستعين بشركة **Facto. France. Heller** الفرنسية والتي لها تجربة في هذا الميدان لتتعرف على السمات الخاصة الواجب توافرها في كل من المنتمي والمدين والتي تتيقن معها الشركة الوسيط من قدرتها على الاستمرار، غير أن الوسيط وإن كان لها حرية اختيار عملائها، فإن ذلك قد يولد مسؤوليتها في بعض الحالات على النحو التالي :

¹ محمد عبد العال : التنظيم الإتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1998، ص 25

² محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 265

أولاً: معايير الإستحقاق الخاصة بالمتنمي.

ثانياً: معايير الإستحقاق الخاصة بالمدين.

أولاً: معايير الإستحقاق الخاصة بالمتنمي:

يمكن إجمال المعايير الواجب توافرها في مؤسسة المتنمي والتي تشرطها الشركة الوسيط فيما يلي:

1. - سلامة الهيكل الإداري والمالي:

لا تتعامل الشركة الوسيط مع المؤسسات التي تمر بأزمة مالية، أو تكون مشرفة على خطر الإفلاس، فالمؤسسة التي تعاني من ضائقة مالية يكون مجالها خارج إطار هذا العقد، وبالإضافة إلى اشتراط سلامة البنيان المالي للمؤسسة فإنه فيجب أن تحوز هذه الأخيرة على القدر الكافي من حسن الإدارة ويدخل في تقدير ذلك مدى كفاءة مدراء المؤسسة وأمانتهم وسمعتهم الطيبة، وتستعين الشركة الوسيط في تقدير مدى سلامة الهيكل الإداري والمالي بفحص ميزانية المؤسسة في السنوات السابقة على إبرام العقد وأساليب التمويل والتسويق ومجموع الحقوق والديون¹، الأمر الذي من شأنه أن يقلل من نسبة المخاطر التي تتعرض لها الشركة الوسيط عند تحصيل الحقوق التجارية من المدين.

2. مدى قدرة المتنمي على النمو :

يعد هذا المعيار من العوامل الأساسية في إقدام الشركة الوسيط على التعاقد في ظل حرصها على استمرارية العقد لأطول فترة زمنية ممكنة، فمن خلال ذلك تستطيع أن تغطي مخاطر الضمان وتحقق الربح الكافي، وتلجأ الشركة الوسيط في سبيل الوقوف على مدى قدرة المتنمي على النمو إلى التعرف على طبيعة منتجاته ومدى حاجة السوق إليها وعلى الأساليب التي يتبعها في التشغيل وعلى رغبة القائمين عليها في التوسع والنمو، كما أن الشركة الوسيط تختار رقم أعمال معين بالنسبة للمؤسسة التي تتعامل معها حتى تتمكن من تغطية أعبائها، وإلا أصبحت نسبة العمولة

¹ هشام فضلي: المرجع السابق، ص 135.

مرتفعة للغاية لا تقوى الشركة أو المنتمي على تحملها، ضف إلى ذلك فإن الشركة الوسيط لا تتعامل مع المؤسسات الضخمة وذلك لأنها تتجاوز حدود إمكانياتها التي رصدت أساسا لخدمة المنشآت الصغيرة والمتوسطة الحجم¹، فالمؤسسات ذات رؤوس أموال المحدودة أو ذات القدرات المتدنية تلجأ إلى عقد تحويل الفاتورة حيث تجده نظام يتفق مع إمكانياتها المحدودة ومن الطبيعي أيضا أن تعاني المؤسسات من صعوبات في الحصول على ائتمان مصرفي من البنوك التجارية، لذلك فهي تجد في هذا العقد دعما ماليا يسمح لها بتسيير أمورها المالية

وإذا كان منح الائتمان من العناصر الضرورية للمنتمي لزيادة استثماراته وتحسين أوضاعه الاقتصادية، فإنه لا ينتج ذات الآثار إذا كان ممنوحا لمنتمي يمر بمشاكل تنذر بانهيائه، أو كان في غير محل ثقة أو اعتبار، بل يمكن أن يؤدي منح الائتمان في هذه الحالة إلى الإضرار بالغير الذي يقدم على التعاقد معه اعتمادا على الوضع الظاهر الذي يخلقه هذا الائتمان بسلامة الهيكل المالي جاهلا بحقيقة وضعه المالي، كما يمكن أن يلحق الضرر بدائن المنتمي الذي نشأ حقه قبل منح الائتمان²، فإستمرار المنتمي وهو على حافة الانهيار يزيد من ديونه ويقل بذلك الضمان العام للدائنين.

بيد أنه من الصعب تصور قيام مسؤولية الوسيط في ظل التحريات الدقيقة التي تقوم بها خاصة في ضوء المعايير الصارمة لإختيار المتعاملين معها، وقد قرر القضاء الفرنسي أن لا مسؤولية على الشركة الوسيط على منح الائتمان لأحد المنتمين اعتمادا على المظهر العادي للنشاط الاقتصادي لمؤسسته والذي يوحي بانتظام أعماله، فحتى وإن كان الائتمان مقابل حقوق وهمية فلا يمكن أن نعيب على الشركة الوسيط أنها لم تتحقق من صحتها، فطبيعة عمل الوسيط يجعلها تتعامل مع كم هائل من الفواتير يوميا، ولا يمكن بداهة أن نقرر التزامها بالتحقق من كافة هذه المستندات ومطابقتها للتوريدات المنفذة طالما أن الظاهر يخلق اعتقادا بالصحة والسلامة³.

¹ أعمار حبيب جهلول : المرجع السابق، ص119

² هشام فضلي: المرجع السابق، ص 137

³ Deschanel (Jean Pierre), Lemoine (Laurent) : " Affacturage", J.C (banque et crédit), F S 580, N 11, 1994, p58.

ونخلص مما تقدم أن الشركة الوسيط إذا حصلت على المعلومات الكافية بشأن المنتمي وتأكدت من توافر المعايير المذكورة فإنها تقبل التعاقد معه مبدئياً، بيد أن ذلك لا يعني أنها قبلت دون تحفظ بالشركة الوسيط تأخذ بعين الاعتبار أيضاً المعايير الخاصة بالمدين.

ثانياً: معايير الإستحقاق الخاصة بالمدين:

إن مخاطر عقد تحويل الفاتورة هي مخاطر مشتري وليس مخاطر بائع، لذلك يدخل في تقدير الشركة الوسيط عند التعاقد مع المنتمي الأوضاع المالية لمدينيه وسمعتهم التجارية، ومدى إنتظامهم في الوفاء، علاوة على ذلك فإن هذه المعلومات تساعد الشركة الوسيط في تقدير نسبة المخاطر المتوقع حدوثها، وبالتالي تحدد الشروط الخاصة بالتعاقد مثل نسبة العمولة ومدة العقد ونطاق نشاط المؤسسة التي ستتولى تغطية مخاطرها¹

وفي ضوء المعلومات المقدمة للشركة الوسيط تستطيع إصدار قرارها بقبول أو رفض التعاقد فإذا اتضح لها من خلال الفحص الذي تقوم به أن المدينين لهم سجل جيد في السداد وأن ظروفهم المالية جيدة فإنه من المتوقع عادة أن تعرض كافة خدماتها أو البعض منها أو أن تقبل كل الفواتير أو البعض منها²، وعلى العموم فإن للشركة الوسيط الحق في إستبعاد المدينين الذين يفتقرون إلى قدرة ائتمانية جيدة.

الفرع الثاني: تكريس مبدأ القبول و إخطار المدين

تقوم الشركة الوسيط بإختيار عملائها بصورة جد صارمة على ضوء المعلومات التفصيلية المتاحة أمامها، ووفقاً لطبيعة عقد تحويل الفاتورة فإن هذا العقد لن يكون له قيمة حقيقية إلا إذا ارتكز على مجموع الديون التجارية المستحقة للمنتمي على مدينيه خلال فترة زمنية معينة، كما أن إخطار المدين بانتقال الحقوق التجارية من المنتمي إلى الشركة الوسيط وإن كان لا يشكل شرطاً

¹ Merlaud Jean François : " le Ducreire " , thèse pour obtenir le doctorat université bordeaux, faculté de droit, Paris, 1984, P371.

² هشام فضلي: المرجع السابق، ص 136

لنفاذ الحلول إلا أنه يمثل التزاما عقديا للمنتمي بحيث تنعقد مسؤوليته العقدية إذا أهمل أو قصر في تنفيذه، تبعا لذلك سنتناول في هذا الفرع عمومية الاتفاق بين الشركة الوسيط و المنتمي أو مبدأ القبول و كذا إخطار المدين بهذا الاتفاق.

أولا: تكريس مبدأ القبول: « Principe d'approbation . »

تقوم الثقة التعاقدية في عقد تحويل الفاتورة على التزام المنتمي بأن يدلي للشركة الوسيط بكافة البيانات والمعلومات المتعلقة بالحق المنقول وبمركزه المالي، وبكل ما يطرأ على منشأته من تطورات وتغيرات، وبكل الظروف التي تحيط بتحصيل الحق التجاري والتي من شأنها الإضرار بالوسيط عند الرجوع على المدين، كأن يكون الحق المنقول حقا ناتجا عن البيع الثاني للبضائع المحتفظ بملكيتها لمصلحة البائع الأصلي إلى حين وفاء البائع الثاني "المؤسسة" بثمن البضائع، ففي هذه الحالة على المنتمي إخطار الوسيط بهذا الوصف الخاص لوجود خطر يحيط بتحصيل الحق التجاري والمتمثل في الامتياز الممنوح للبائع الأصلي،¹ ضف إلى ذلك فإن المنتمي ملزم بإثبات الحق الثابت في الفواتير المحولة ملكيتها إلى الوسيط، وذلك لكون صحة التحويل تقتضي وجود الحق فإذا تخلف هذا الركن أصبح التحويل باطلا كما لو كان ملكا للغير أو انقضى بالمقاصة أو كان غير موجود أصلا .

وهذا الأمر تحرص عليه الشركة الوسيط سواء تعلق العقد بتقديم خدمات أو بيع بضائع فإن الفاتورة التجارية لا بد أن تتوفر على معلومات كافية سواءا تعلقت بالبيانات الخاصة بالبائع أو بالمشتري: كإسم الشخص الطبيعي و لقبه -تسمية الشخص المعنوي أو عنوانه التجاري - الشكل القانوني للعون الاقتصادي- طبيعة نشاطه -رأسمال الشركة عند الاقتضاء- طريقة الدفع و تسديد الفاتورة و تاريخ تحرير الفاتورة..... وهو ما نصت عيه المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 05-486 المؤرخ في 10-12-2005 المحدد لشروط تحرير الفاتورة و سند التحويل ووصل التسليم و الفاتورة الإجمالية و كفاءات ذلك²، ففي كل الأحوال فإنه يجب أن تشمل الفاتورة على كافة البيانات وفقا للأعراف و العادات التجارية، أو حسب الأسلوب الذي تحدده الشركة الوسيط

¹ هشام فضلي: المرجع السابق، ص 356

² ج ر المؤرخة في 10 ديسمبر 2005، عدد 80، ص 18.

للمنتمي في كتابة فواتير كما هو الشأن بالنسبة لشركة Facto France Heller حيث يبدأ طلب خدمات عقد تحويل الفاتورة بتحرير استمارة من المنتمي يتقدم بها إلى الشركة الوسيط وتتضمن هذه الاستمارة البيانات الأساسية التي توضح طبيعة النشاط ورقم العمال ونوع الخدمة التي تتطلبها هذا بالإضافة إلى ثلاث تقارير سنوية مالية وقائمة بأسماء المدينين وعناوينهم وأسماء البنوك التي يتعاملون معها، ومتوسط الفواتير التي تمثل حجم المعاملات¹.

وتأكيدا على إلتزام المنتمي بوجود الحق المحول فإنه ملزم ليس فقط بتقديم الفواتير المحررة على مدينيه و إنما أيضا بإرفاقها بالوثائق و المستندات الضرورية المؤكدة لصحة الفواتير و ما ورد فيها من بيانات و كذلك الوثائق المثبتة لعملية تحويل الديون لمصلحة الشركة الوسيط و هذا حسب الصيغة الواردة في جدول الديون، بالإضافة إلى أنه يجب على المنتمي أن ينقل إلى الشركة الوسيط كافة الديون مع بيان أنها تمثل ثمن البضائع أو الخدمات المقبول ضمانها بصفة فعلية على أن يكون الإرسال مصحوب بسلسلة من سندات الإثبات وما يثبت تنفيذ الأشغال الخاصة بالخدمات المؤداة² فضلا عن إحتفاظ الشركة الوسيط بحقها في الرقابة المتميزة و الشاملة لسلوك المنتمي و مدى تنفيذه لالتزاماته العقدية .

ومن ثم فإن إلتزام المنتمي بوجود الحق الثابت يفرض عليه عدم خلق فواتير وهمية بغية الحصول على تمويل نقدي إعتماذا على إحتمال تحسن أحواله المستقبلية، فيعتبر المنتمي مسؤولا عن تصرفه وبتضاعف مسؤوليته عند توافر قصد النية أو قصد الإضرار...³. غير أن إلتزام المنتمي بوجود الحق لا يعني ضمان ملاءة المدين أو ضمان دفع الدين بتاريخ الاستحقاق فيبقى على عاتق الشركة الوسيط تحمل مخاطر عدم وفاء المدين.

وفي المقابل وإذا كانت شركة Facto France Heller تلزم المنتمي بتقديم كافة فواتيره للشركة الوسيط فإنه سيلزم هذه الأخيرة بتسديدها له "وهو ما يسمى بالقبول المسبق"، وينتج هذا القبول بناء على عملية الفرز Sélection du Factures وتقوم بها الشركة الوسيط لاختيار وانتقاء الفواتير، وهذا لتمييز الحقوق الأكيدة عن الحقوق المشكوك في تحصيلها، كما أن الفواتير

¹ P. Jude, op cit, p 24.

² محمد ذكري عبد الرازق : المرجع السابق، ص 59.

³ نادر عبد العزيز شافي: المرجع السابق، ص 373.

لا تقدم إلى الشركة الوسيط منفردة، بل يغلب الاتفاق على مواعيد معينة تقدم فيها الفواتير المستحقة مجتمعة أو ذات آجال متقاربة، والتي استحقت مبالغها مصحوبة بقائمة مفصلة مدون عليها إقرار موقع من المؤسسة بنقل ملكية الحقوق التجارية المقابلة لهذه الفواتير¹.

وبعد عملية الفرز هذه تختلف العمليات التي تخضع لها لحقوق التجارية حسب ما إذا تم قبولها أم لا، ففي حين تخضع الفواتير المقبولة للتسديد أو التحصيل والضمان، فإن الفواتير غير المقبولة لا تؤخذ إلا على سبيل التحصيل²، مع تكفل المنتمي بالمخاطر المحيطة بها.

فمبدأ القبول Principe d'Approbation إذا مبدأ أساسي إذ يمثل للمنتمي ضمانا بأن الشركة الوسيط تضمن النهاية الحسنة للعملية³ « Bonne Fin d'Opération » وهو ما نصت عليه المادة 3 من العقد النموذجي لشركة⁴ Facto France Heller، وقد إعتبر الاجتهاد الفرنسي أن قبول الوسيط شراء 17 دين من أصل 25 دين معروض يعتبر حدا كافيا، وتطبيق طبيعيا لأحكام عقد تحويل الفاتورة⁵.

وعلى ضوء ما سبق فإن مبدأ القبول ينفرد بمجموعة من الخصائص، وهذه الخصائص مردها طبيعة عقد تحويل الفاتورة و تلخص في:

- 1- القبول يكون في حدود الاعتماد الممنوح بشأن كل مدين، وللإستفادة من هذا الضمان يجب أن تكون هذه الفواتير مساوية لقيمة الاعتماد دون تجاوز.
- 2 - يظل القبول الذي تصدره الشركة الوسيط صالحا وملزما لها لمدة غير محددة حتى صدور قرار جديد بتعديله أو إلغائه، على أن يسري قرارها بأثر رجعي على المعاملات التي تمت قبل ذلك بقيام المنتمي بتسليم البضائع إلى مدينيها أو تنفيذ خدمة....

¹ P. Jude, op.cit, p25.

² أحمد بوراس : المرجع السابق، ص 114.

³ « Ce principe est fondamentale : il représente pour le fournisseur (adhérent) la certitude que le facteur prend en charge la bonne fin de l'opération » A. Réginald : op cit, p4.

⁴ Article 3 « vous nous demanderez pour chacun de vos acheteurs une approbation préalable » P. Jude : op.cit., p 25

⁵ D. Legeais : op.cit, p 8.

وفي كل الأحوال فإن حق الشركة الوسيط في تعديل القبول أو إلغائه يمثل أحد الضمانات الهامة التي تلجأ إليها الشركة للحد من مخاطر العقد، فقد تطرأ ظروف من شأنها تغيير وضع المنتمي ومركز مدينيه كتعرضه لمشاكل مالية أو صدور أحكام إفلاسه، الأمر الذي يفرض على الوسيط مراجعة قرارها بالنسبة للمستقبل لحماية وصيانة لحقوقها¹.

3 - يكون القبول الذي تمنحه الوسيط عن كل مشتري مدين وليس على كل فاتورة أي على أساس الاعتبار الشخصي، ومن ثم فإن القبول يعني حرمان الوسيط من أي رجوع على المنتمي كقاعدة عامة ومهما تكن طريقة القبول سواء: فاتورة تلو الأخرى أو تقديم الفواتير أسبوعياً أو شهرياً.

هذا وإذا كانت شركة Facto France Heller تقدم نموذجاً ما للراغب في التعاقد معها، يتضمن العديد من الأسئلة، فإن مبدأ القبول أو ما اصطلح عليه بمبدأ الجماعية « Clause De Globalité » أو الشمولية لا يعني أن يعهد المنتمي بكل حقوقه التجارية أياً كانت وبشكل حتمي، بل قد يرد على ذلك قيود فيمكن أن يقتصر الاتفاق على نطاق معين سواء كانت نطاقاً نوعياً يقتصر على التعامل على نوعية خاصة بالحقوق التجارية الناتجة عن بيع سلعة معينة أو تقديم خدمة....، أو كان نطاقاً جغرافياً يقتصر على فواتير التجارة الداخلية (عقد تحويل الفاتورة الداخلي) أو فواتير التجارة الخارجية (عقد تحويل الفاتورة الدولي) للمنتمي²، إذا فالمبدأ قد يكون محددًا لكنه في نطاق عام شامل لكافة الحقوق التجارية على مديني المنتمي وهذا المبدأ هو ما يشكل مبدأ القصر clause d'exclusivité.

ثانياً: إخطار المدين بتحويل الحقوق التجارية

نصت المادة 543 مكرر 15 ق ت ج على أنه: " يجب أن يبلغ المدين فوراً بنقل حقوق الديون التجارية إلى الوسيط بواسطة رسالة موصى عليها مع وصل بالإستلام"، الملاحظ على نص

¹ Jack. Vezain :la responsabilité du banquier en droit privé français , litec , paris , 1983 , p40.

² محمد الطاهر بلعيساوي : المرجع السابق، ص 267

المادة أنه وعلى الرغم من عدم نص المشرع الجزائري على الجهة التي يقع عليها عبء إخطار المدين، فهل يقع على الشركة الوسيط أم على المنتمي؟، إلا أنه أوجب أن يكون هذا الإخطار حالاً أي فور تحويل الحقوق التجارية من المنتمي إلى الشركة الوسيط بمقتضى عقد تحويل الفاتورة، فالمدين فعلى الرغم من اعتباره أجنبياً في العلاقة التي تربط المنتمي بالوسيط، إلا أنه يبقى على صلة بنفس الدين تجاه الشركة الوسيط .

ثم إن القواعد الأساسية التي تميز عقد تحويل الفاتورة تفرض على المدين أن يكون ملزماً بوفاء الدين إلى الشركة الوسيط بمجرد مطالبته به، أي إعطاء الوسيط حق الرجوع مباشرة على المدين بالديون المترتبة بذمته لمصلحة المنتمي و هو ما نصت عليه المادة 514 مكرر 14 ق ت ج، فحسنا فعل المشرع الجزائري عندما أدرج عبارة: " فوراً" بمعنى أن يكون هذا الإخطار على الفور حتى لا تكون هناك مدة زمنية بين الحلول والإخطار لتجنب قيام المدين بالوفاء إلى المنتمي عند حلول اجل استحقاق الديون.

هذا من جهة و من جهة أخرى فإن هذا الإخطار ليس شرطاً لنفاذ الحلول على المدين المشتري ، فالحلول نافذ بذاته ومع ذلك فالإخطار له فائدة عظيمة للوسيط تبدو في أن المدين إذا أوفى الدين إلى المنتمي برأت ذمته مادام أن المدين كان حسن النية،¹ كما أن هذا الإخطار لازم حتى يسد عليه طريق سوء نية، فيمتنع عن الوفاء لغير الشركة الوسيط. ، لذلك وجب الإتفاق عادة فيما بين الوسيط و المنتمي على أن يقوم هذا الأخير بإخطار المدين بانتقال الحق بمقتضى الحلول "subrogation" بواسطة رسالة موصى عليها مع وصل بالإستلام.

وبالنسبة للمشرع الفرنسي فقد أوجب أن يتم إخطار المدين بانتقال الحقوق التجارية من طرف المنتمي دون أن يمنع ذلك الشركة الوسيط من القيام بهذا الإخطار، وينص العقد النموذجي لشركة Facto France Heller على التزام المنتمي بإخطار مدينيه بحلول الشركة الوسيط محله في حقوقه بعبارة تدون على الفاتورة ذاتها، وتكون صيغتها كالتالي: "لكي يكون الوفاء مبرئاً لذمتكم يتعين أن يتم الوفاء لشركة الوسيط.....و التي حلت محلنا subrogé في حقوقنا اتجاهكم"، ويشتمل جدول الديون عادة على طلب موجه إلى المدين من قبل الدائن بالدفع إلى

¹علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص 653.

الشركة الوسيط وفقا لمبدأ الحلول الإتفاقي ،دون أن يترتب على ذلك إعفاء المنتمي من إرسال نسخة من الفواتير لمدينه ،يعلنه فيها بأن عليه أن يدفع مباشرة إلى مشتري الديون بصفته الدائن الجديد¹ .

غير أن شكل الإخطار وفاعليته آثار مناقشات ومنازعات عرضت على القضاء الفرنسي و إنتهت بحلول حاسمة تفيد كلها أن الإخطار لا يلزم له شكل خاص²، وفي قضية طرحت أمام القضاء الفرنسي أرسلت الفاتورة إلى الشركة المشتريه ولم يلحظ الموظف المختص بوفاء الثمن، العبارة المدونة على الفاتورة التي تفيد أن دفعها يكون للشركة الوسيط، فدفعت للمنتمي قيمة الحقوق، فقاضت الشركة الوسيط الشركة المشتريه (المدينة)، ورفضت المحكمة دعواها على أساس أنه في وقائع القضية لم يثبت أن الإخطار بحلول الوسيط كان واضحا، وذكرت محكمة النقض أن الإخطار بحلول الوسيط محل المؤسسة لم يوضع بشكل واضح بما يلفت نظر الموظفين ، فإن للمحكمة بمقتضى سلطتها التقديرية وطبقا للأدلة المقدمة أمامها أن تحكم بصحة وفاء الفاتورة الذي قامت به الشركة المشتريه المدينة للشركة الدائنة الأصلية وان ترفض دعوى الوسيط في مطالبته المباشرة بقيمة الفاتورة من الشركة المشتريه.

وقد ورد في حكم الاستئناف حجة ساقتهها الشركة المشتريه وهي أن المنتمي لم يوقع عبارة الحلول على الفاتورة، وذكرت محكمة النقض أن هذا التوقيع غير لازم كما لا يلزم إخطار خاص من المؤسسة بالحلول يكون منفصل عن الفاتورة، كما ذكرت المحكمة أيضا أن عبارة "الحلول" وضعت بخاتم المنتمي ولذا فهي ليست جزء من الفاتورة ولا مندججة فيها ويلزم لإدماجها أن يكون الخاتم مصحوبا بتوقيع ممثل الشركة التي حررت الفاتورة ، لكن المحكمة ذكرت أن كل ذلك لا يلزم، وقرار محكمة النقض سليم لأن كل هذه الإجراءات لم يفرضها نص في القانون واشترطها يعطل المعاملات خاصة مع ما تتطلبه الإجراءات من وقت و تعقيدات لا تتماشى مع طبيعة العقد الذي يقوم على السرعة و البساطة و تخفيف النفقات المالية لأن الشركة الوسيط تتلقى كل أسبوع أو كل شهر مئات أو عشرات الفواتير، والنظام كله يهدف إلى التبسيط والإسراع³.

¹ 14avril1975, T Rim .Dr. Com.1975, p342.obs :M.Cabrillac et Rives-lange, Cass Com, 14 octobre1975, Paris, J P C 1976,18279.

² P- Jude : op-cit, p 22.

³ Cass .com.14octobre 1975 : J CP.1976 ?éd 18269 et éd C I, 12077.

و قد أخذت إتفاقية أوتاوا الخاصة بعقد تحويل الفاتورة الدولي بالإخطار الإلزامي وليس الاختياري حيث نصت في المادة 8¹ على أن يكون المدين ملزما بالوفاء للوسيط إذا تم إخطاره بالحوالة وانتفى علمه بوجود أفضلية للغير على حق المؤسسة تجاهه، كما تضع إتفاقية أوتاوا واجب الإخطار على عاتق المنتمي، أما إذا تم الإخطار من الشركة الوسيط فيجب أن تكون لها السلطة المخولة للقيام بذلك ويجب أن يتم الإخطار كتابة ولا يشترط أن يكون موقعا، ويتعين أن يحتوي الإخطار على عنصرين أساسيين هما :

1- الديون المتنازل عنها وقيمتها.

2- شركة الوسيط التي يجب الوفاء لها ويمكن إخطار المدين بكافة الطرق².

وإتفاقية أوتاوا وإن أقرت بصحة الحوالة المستقبلية في المادة الخامسة منها، فإنها تفيد مع ذلك بوجود حصول الإخطار عقب إبرام العقد المنشئ للحق المنقول أو في لحظة إبرامه.

المطلب الثاني: ضمانات الحق التجاري و إستحقاق عمولة الائتمان

لا يعبر تقديم الائتمان من الشركة الوسيط للمنتمي إلا عن شق واحد لعقد تحويل الفاتورة، و لا يكتمل لهذا العقد بناؤه القانوني إلا إذا كان هذا العقد مكفول بضمانات سواءا كانت قبل إبرامه أو عند تنفيذه، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن المقابل الذي تتقاضاه الشركة الوسيط من عميلها نظير الخدمات التي تقدمها يعد من العناصر الرئيسية لعقد تحويل الفاتورة بإعتباره من عقود

¹ Article 8 : " le débiteur est tenu de payer le cessionnaire s'il n'a pas de connaissance d'un droit préférable et si la notification par écrit de la cession : a été donnée au débiteur par le fournisseur ou pour le cessionnaire en vertu d'un pouvoir conféré par le fournisseur, précise de façon suffisante les créances cédées et le cessionnaire a qui ou pour le compte de qui le débiteur doit faire le paiement, et, concerne des créances qui naissent d'un contrat de vente de marchandises qui a été conclu soit avant soit au moment ou la notification est donnée.

Le paiement par le débiteur au cessionnaire est libératoire s'il fait conformément au paragraphe précédent, sans préjudice de toute autre forme de paiement également"

www.conventionottawa.org.

² Gautier Bordeaux : "autre moyen de paiement et de recouvrement, affcturation international" JC,BC,FS530,N52 , p 16.

المعاوضة وتفصيلا لذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول ضمانات الحق التجاري المنقول، أما في الفرع الثاني فنتناول إستحقاق الشركة الوسيط لعمولة الائتمان على النحو التالي :

الفرع الأول: ضمانات الحق التجاري المنقول

تقوم الشركة الوسيط كأى مؤسسة مالية تقدم تسبيقات مالية إلى البحث عن ضمانات لحسن تنفيذ العقد، فالثقة والنزاهة لا تكفيان لإسترداد قيمة الائتمان، و بالنظر إلى صرامة نظام قبول الفواتير، فإنه غالبا ما تعطي الشركة موافقتها على منح مقدار معين من الائتمان لمصلحة عميلها المنتمي، ويتم قبول ضمان هذه الفواتير بالإضافة إلى معايير الاستحقاق التي تسري على العملاء، الضمانات التي يقدمها المنتمي للشركة الوسيط خاصة و أن اهمم مبدأ ينظم العقد هو ضمان عدم رجوع الشركة الوسيط على المنتمي في حالة عدم إستيفائها لحقوقها من المدين عند حلول أجل إستحقاقها، هذا ولا تقتصر هذه الضمانات على الضمانات التي يقدمها المنتمي بل تمتد لتشمل الضمانات التي تتمتع بها الشركة الوسيط وهي تنفيذ التزاماتها، وتجد هذه الضمانات أساسها القانوني في نص المادة 543 مكرر 16 ق ت ج التي تنص على أنه: "يترتب عن تحويل الديون التجارية نقل كل الضمانات التي كانت تضمن تنفيذ الالتزامات لفائدة الوسيط".

وهنا يجب التفرقة بين الضمانات التي تفرضها الشركة الوسيط والتي تكون أثناء إبرام العقد و الضمانات التي تكون أثناء تنفيذه.

أولا: الضمانات الخاصة بإبرام العقد:

حتى تتجنب الشركة الوسيط مخاطر الضمان العام وعدم كفايته، فإنها تلجأ إلى نظام التأمينات سواء كانت شخصية أو عينية لتضمن الحصول على حقها ولا تتعرض بذلك للمخاطر التي يتعرض لها الدائن العادي.

1- التأمينات الشخصية:

تقوم التأمينات الشخصية على تعدد المسؤولين عن تنفيذ الالتزام، فيتحقق ضمان الدائن فيها من ضم ذمة أخرى إلى ذمة المدين، بحيث لو أعسر المدين تكون الذمة الأخرى مسؤولة عن الوفاء بنفس الدين، وبذلك تتزايد فرص حصول الدائن على حقه¹ كما يمكن تعريفها على أنها ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي لضمان الوفاء بحق الدائن، إذ يلتزم شخص آخر بالدائن مع المدين فيصبح أمام الدائن مدينان أو أكثر ويتعدد بذلك المسؤولون معه عن الوفاء بالدائن².

وتعد الكفالة أهم صور التأمينات الشخصية وأوضحها، كما يلاحظ أيضا وجود صور أخرى يتعدد فيها المسؤولون عن التزام واحد، وقد تضمن القانون المدني الجزائري هذه الصور وهي: التضامن بين المدينين³ فيستطيع الدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدائن مجتمعين أو منفردين وبذلك تتسع أمام الشركة الوسيط فرصة الحصول على حقها إذ تختار من المدينين من هو أكثر يسارا وتقضي دينها كاملا، أو تعود على أي مدين بما بقي لها من حقها إذا لم تستوفيه من المدين الأول.

ونجد أيضا: عدم قابلية الالتزام الانقسام بين المدينين به المتعددين فيتحقق نفس الغرض إذ يكون كل مدين ملزم بالوفاء الدين كله⁴ بالإضافة إلى الإنابة مع الوفاء مع بقاء المدين الأصلي (المنيب) مسؤولا قبل الدائن مع المدين الجديد (المناب)⁵.

2-التأمينات العينية:

وهي تقوم على تخصيص مال معين من أموال المدين لضمان الوفاء بالالتزام وهي تحقق حماية للدائن من خطر تصرف مدينه في هذا المال، إذ أن التأمين العيني يخول للدائن حق تتبع هذا المال والتنفيذ عليه عند انتقاله، كما يقي الدائن خطر مزاحمة بقية الدائنين، بما يخوله من حق التقدم عليهم جميعا في استيفاء حقه من ثمن العين التي يرد عليها التأمين العيني⁶.

¹ محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 10.

² محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص 12.

³ انظر المواد 217-235 ق م ج

⁴ انظر المادة: 237 المرجع نفسه

⁵ انظر المواد من 294-296 المرجع نفسه

⁶ محمد عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق، ص 587

والتأمينات العينية التي نظمها القانون المدني الجزائري طبقا لترتيب النصوص هي الرهن الرسمي المواد من (882-936). حق التخصيص المواد من (937-947)، الرهن الحيازي المواد من (948-981)، وحقوق الإمتياز المواد من (982-1003)، ومن ثم فإنه يجوز للشركة الوسيط أن تطلب تأميناً عينياً و ذلك بتخصيص مال معين كضمان من أموال المنتمي حتى يكون لها الأفضلية في إستيفاء حقوقها .

هذا وإذا كان يترتب على حلول الشركة الوسيط محل المنتمي النتائج التي يسعى إليها أصحاب الشأن، وهي أن تكتسب الشركة الوسيط الحق الذي قامت بإيفائه مع ضماناته، فإن هذا الحق ينتقل مع توابعه وما يرد عليه من دفع، كما أن هذا الحل لا يكون إلا بقدر قيمة الحقوق التجارية المثبتة في الفواتير موضوع العقد، وهو ما أكدته المادة 264 ق م ج بنصها على أنه "من حل محل الدائن قانوناً أو اتفاقاً كان له حقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفع ويكون هذا الحل بالقدر الذي أداه من حل محل الدائن"، غير أنه لا يجوز للمدين المشتري أن يتمسك في مواجهة الوسيط إلا بالدفع التي كان بإمكانه الاحتجاج بها في مواجهة المنتمي، و الدفع التي كان بإمكانه الاحتجاج بها هي تلك الدفع المرتبطة بالدين المحول كالدفع بطلان العقد بين المنتمي و المدين، أو فسخه أو الدفع بالمقاصة.

وقد كرس اتفاقية أوتوا في المادة 07 منها، مبدأ حلول الشركة الوسيط محل المنتمي ، فنصت على هذا الحل بموجب حوالة الحق وعلى انتقال ملكية الدين وتوابعه من الدائن الأصلي إلى مشتري تلك الديون¹.

وقد يثار إشكال حول مدى إمكانية انتقال اتفاق التحكيم² مع الحقوق الثابتة في الفاتورة المنتقلة إلى الوسيط، فهذه الأخيرة لم تكن طرفاً في اتفاق التحكيم ولم تشترك في إبرامه،

¹ G. Bordeaux, op-cit,p 17

² للإشارة فإن اتفاق التحكيم يأخذ صورة شرط تحكيم ويرد في العقد قبل نشأة النزاع أو صورة مشاركة التحكيم ويكون في اتفاق مستقل ويرم بعد نشأة النزاع، وتعتبر الصورة الأولى هي الغالبة في الواقع وتثار فيها بشدة مسألة انتقال التحكيم في حالة نقل الحقوق الثابتة في العقد الأصلي، بينما في الصورة الثانية في العقد الأصلي، وبما أنها تبرم بعد نشأة النزاع فهي نادرة في العمل وتقل فيها فرص توسيع نطاقها من حيث الأطراف المستفيدين من التحكيم بناءً عليها. انظر حسام الدين فتحي ناصف: نقل اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2003، ص 42

بعبارة أخرى : ما مدى نفاذ اتفاق التحكيم المبرم بين المنتمي والمدين في العقد الأصلي، في مواجهة الشركة الوسيط التي انتقلت إليها الفاتورة عن طريق عقد تحويل الفاتورة؟..

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى هذه المسألة بالتنظيم في أحكام عقد تحويل الفاتورة المدرجة بموجب المرسوم التشريعي رقم 08/93، كما أنه لم يعالجها في الأحكام الخاصة بالتحكيم (الدولي والداخلي) بموجب القانون رقم 08-09 المؤرخ في 28 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية¹، ونظرا لغياب هذا النوع من الشركات في الجزائر سندرس هذا الموضوع وفق ما توصل إليه القضاء والفقهاء الفرنسيين..

على الرغم من إجماع الفقهاء والقضاء الفرنسي على انتقال اتفاق التحكيم بانتقال الحقوق الموضوعية في مواجهة الشركة الوسيط، إلا أنهم اختلفوا في تفسير أساس هذا الانتقال ونطاقه فهناك من اتجه إلى اعتبار أن أساس انتقال اتفاق التحكيم اعتباره جزء من اقتصاديات العقد، في حين يرى جانب آخر أنه تابع للحق المنتقل بالحوالة والحلول، فيما ذهب آخرون إلى تأسيس ذلك الانتقال على أساس مبدأ الاستقلالية والصحة الذاتية لاتفاق التحكيم .

1- انتقال شرط التحكيم باعتباره جزءا من لا يتجزأ من اقتصاديات العقد

لقد استندت مجموعة من الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الفرنسي على كون اتفاق التحكيم جزء من اقتصاديات العقد محل الحوالة أو الحلول ، ومن بين هذه الأحكام نجد حكم صادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 25 نوفمبر 1999 وجاء فيه أن: " أن حوالة الحق أو العقد تستلزم أن ينتقل من المحيل إلى المحال إليه شرط التحكيم وهو شرط لا ينفصل عن اقتصاديات العقد"².

وقد أنتقد هذا الحكم والأساس الذي اعتمده في تبرير انتقال التحكيم المحيل إلى المحال له، حيث يتجه أغلب الفقهاء إلى أن شرط التحكيم شأنه شأن الشروط الإجرائية الأخرى المتعلقة

¹ ج ر المؤرخة في 23 أبريل 2008 عدد 21

² كرم تعويلت: المرجع السابق، ص 17

بتسوية النزاعات عموماً فهو ليس جزءاً من اقتصاديات العقد، وإنما هو من عناصره الثانوية وذلك ما لم تتجه إرادة الأطراف إلى اعتباره من عناصر العقد.¹

2- انتقال اتفاق التحكيم بوصفه من توابع الحق المحال به:

ذهب القضاء الفرنسي في العديد من المناسبات إلى تأسيس انتقال شروط التحكيم على كونه من توابع الحق المحال به، فقد اعتبرت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ 10 سبتمبر 2003 أن: " شرط التحكيم ينتقل إلى المحال إليه مع الحق المحال به، على النحو الذي كان عليه هذا الحق في العلاقة بين الخيل والمدين المحال عليه"، وقد أسس الحكم هذا الحل على الطبيعة التبعية لشرط التحكيم باعتباره شرط من شروط العقد وأن شرط التحكيم لا يمكن فصله عن بقية بنود العقد التي تنظم الحق المحال به، كما فسر قابليته للإنفصال أو إستقلاله فيما يتعلق بصحته ووجوده بطبيعته القضائية وذلك بهدف ضمان فعاليته.

إن هذا الحكم يبين بوضوح اتجاه القضاء في فرنسا إلى تكريس الانتقال التلقائي لإتفاق التحكيم، خاصة و أنه صدر بناء على إحالة محكمة النقض الفرنسية التي قضت بنقض الحكم الصادر في النزاع من محكمة استئناف روان بتاريخ 25 نوفمبر 1999 الذي رفض إنتقال شرط التحكيم الوارد في العقد الذي نشأ عن الحق المحال به تأسيساً على إستقلال شرط التحكيم.²

و قد أيدت محكمة النقض الفرنسية الحكم لكونه فرق بين الزوايا المختلفة لإتفاق التحكيم لطبيعته القضائية وتبعيته للعقد الأصلي لكونه لا يمكن تصوره دونه .

3- انتقال اتفاق التحكيم نتيجة لإستقلاله عن العقد الأصلي:

¹ داليا عبد المعطي حسين علي: التراضي كأساس لاتفاق التحكيم، رسالة دكتورا في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2007، ص 255

² داليا عبد المعطي حسين علي: المرجع السابق، ص 264.

يعتبر مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي من المبادئ المستقرة في مجال التحكيم التجاري الدولي ومفاده أن اتفاق التحكيم لا يتأثر بمصير العقد الأصلي و قد كان الغرض من هذا المبدأ هو تحقيق الفعالية القصوى لاتفاق التحكيم¹.

ومنذ تقريره، عمل القضاء الفرنسي على وجه الخصوص على تطوير مبدأ الاستقلالية وتوسيع مفهومه بإستخلاص نتائج لم تكن لتستنتج من هذا المبدأ على الأقل وفقا لما قضت به محكمة النقض الفرنسية بمناسبة الحكم في قضية عام 1963² ومن بين هذه النتائج نجد قاعدة انتقال اتفاق التحكيم مع الحق أو العقد المحال به.

وقد استندت المحكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 28 ماي 2002 على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم ، وقررت أن " شرط التحكيم المنتقل قانونا من العقد الأصلي ينتقل مع هذا الأخير ، بغض النظر عن صحة انتقال الحقوق الموضوعية " مؤيدة بذلك الحكم الصادر عن محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ 25 نوفمبر 1999.

تعرض هذا الحكم إلى انتقادات شديدة لأنه أشار دون جدوى إلى مبدأ استقلالية شرط التحكيم للقول بانتقاله، وهو ما جعل البعض يصف هذه الخطوة بغير السديدة لأنها أدت إلى نتيجة غير مقبولة، وهي انتقال الشرط ولو لم ينتقل الشرط أو الحق الأصلي لعدم صحة الحوالة، وهو ما يترتب عليه سريان شرط تحكيم فيما بين المحال عليه والمحال له على الرغم من عدم وجود الحوالة³.

¹Pierre Mayer : « Les Limites De La Séparabilité de la clause compromissoires », RV ARBitrage,int priv , 1990, p 362-363

¹ و قد جاء في الحكم مايلي:

"en matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique au quel il a trait, présent toujours sauf circonstances exceptionnelles.....un complète autonome juridique, excluant qu'il puisse être effectué par une éventuelle invalidité de cette acte » cass-ch. cive, 7 mai 1963 cité par Goldman -b- « Arbitrage commercial international, convention d'arbitrage, J-C, droit international- FS586, 1989, p 27

³ Cass,civ,1ere -Climat-" R. C I D I P",n 4 ,28 mai 2002 ,p 769

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، وإذا كان بالإمكان الأخذ بهذا الحل في إطار عقد تحويل الفاتورة الدولي تأسيسا على ما كرسته الفقرة الأخيرة من المادة 1040 ق.إ.م.إ من استقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي فإنه من الصعب تأسيس إنتقال شرط التحكيم في عقد تحويل الفاتورة لأن المشرع الجزائري لا يعترف أصلا بهذه الاستقلالية بالنسبة للعقد الأصلي¹.

4- انتقال اتفاق التحكيم استنادا إلى صحته في مجال التحكيم الدولي:

اعتمد القضاء الفرنسي في كثير من الأحكام التي أصدرها على فكرة صحة اتفاق التحكيم في مجال التحكيم التجاري الدولي، للقول بإنتقاله إلى المحال له، فقد قضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ 20 أبريل 1988 بأن: " شرط التحكيم الوارد في عقد دولي له صحة وفعالية تحتم إمتداد تطبيقه إلى الطرف الذي يخلف أحد المتعاقدين في حقوقه ولو بشكل جزئي شريطة أن يكون النزاع داخلا في نطاق التحكيم"². وفي نفس السياق حكمت محكمة النقض الفرنسية بنفس الصيغة والألفاظ في حكمين لها صادرين على التوالي بتاريخ 05 جانفي 1999 و 19 أكتوبر 1999، وكان أحد أطراف القضيتين الشركة الوطنية للنقل البحري (SNTN) بأنه ينتقل شرط التحكيم الدولي الصحيح بمجرد إنتقال إرادة الأطراف إلى المحال له مع الحق المحال به مثلما كان هذا الحق موجودا في علاقات الخيل بالمحال عليه³.

إذا ومن خلال ما تقدم فإننا نخلص إلى أن إتفاق التحكيم ينتقل مع إنتقال الحقوق الثابتة في الفاتورة محل عقد تحويل الفاتورة، سواء تم تأسيس إنتقال تلك الحقوق على نظرية حوالة الحق المعمول بها في الدول الأنجلوساكسونية، أو على أساس نظرية الحلول التي أخذ بها المشرع الجزائري والفرنسي، ورغم الاختلاف في تفسير وتأسيس إنتقال اتفاق التحكيم غير أن ما يمكن أن نتوصل إليه هو أن كل تلك الحلول والآراء تشترك في كونها تهدف إلى تحقيق أكبر قدر من الفعالية لاتفاق التحكيم.

¹ فالمشرع الجزائري كرس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي في إطار الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري في حين نصت الفقرة الأخيرة من المادة 1040 ق ا م ا على انه "..... لايمكن الاحتجاج بصحة اتفاقية التحكيم ، بسبب عدم صحة العقد الأصلي"

² داليا عبد المعطي حسين علي : المرجع السابق، ص 258.

³ كرم تعويلت: المرجع السابق، ص 18

كما أن أعمال هذه الحلول في الجزائر يستوجب علينا أن نفرق بين الحالة التي نكون فيها أمام تحكيم داخلي والحالة التي نكون فيها أمام تحكيم تجاري دولي، فبالرغم من أن المشرع الجزائري كرس مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم على الأقل في مجال التحكيم التجاري الدولي، إلا أنه لم يصل إلى حد الأخذ بالإستقلالية التامة التي تسمح بتقديم صحة هذا الاتفاق بالنظر إلى إرادة الأطراف¹.

ثانيا: الضمانات الخاصة بتنفيذ العقد:

تتمتع الشركة الوسيط بجملة أخرى من الضمانات وهي في الحقيقة تسري داخل العقد نفسه ونذكر منها:

1-فتح حساب جاري : Compte Courant

من الناحية المحاسبية وحتى يتسنى للشركة الوسيط متابعة عمليات المنتمي فإنها تقوم بفتح حساب جاري بإسم المنتمي بإعتبار أن التسوية عن طريق القيد في الحساب الجاري تعد أداة مبسطة للوفاء بالحقوق المتقابلة بين المتعاملين، حيث يتفق الطرفان في العقد على فتح حساب جاري لتسوية الإلتزامات المتبادلة بينهما، ذلك أن إجراء كل عملية على نحو مستقل ثم جمع الأدلة المتعددة التي تنشأ عنها يسبب صعوبات كثيرة، مما يتطلب المزيد من الجهد الذي لا يتلاءم و السرعة التي تستلزمها المعاملات التجارية، و الحساب الجاري من هذه الوجهة يعمل على تسيير تسوية المعاملات و يخفف العبء الإداري على عاتق المنتمي حيث تتولى الشركة الوسيط مهمة فتح الحساب و إمساكه و تسييره²، فالعملية تغطي و تضمن بصورة نهائية البيوع المؤجلة بفعل

¹ Mohamed Issad : « La Nouvelle Loi Algérienne Relative A L'arbitrage International », revue arbitrage commercial, n5 ,2008, p423.

² محمد عبد الرازق ذكري : المرجع السابق، ص 62

صفقات تجارية يتم الوفاء بها نقدا و فورا ، وهكذا فإن المنتمي يسلم كافة فواتيره في مقابل الدفع الفوري لقيمة هذه الفواتير.

فهذا الحساب إذا يعد من أهم الضمانات الطبيعية للوسيط أين تقوم بقيد المدفوعات "قيمة الحقوق التجارية" في جدول الدائنية من الحساب، أما العمولات والفوائد فتقيد في جدول المديونية¹. وهنا يكون للشركة الوسيط في حالة عدم إستيفائها للحقوق التي قامت بقيدها في الحساب الجاري أن تقوم بالقيد العكسي في هذا الحساب لأن غرض الوسيط من ذلك هو القضاء على الخلل في التوازن المالي، ومن ثم فهي تقوم بعملية المقاصة بين الحقلين دون أن تتفق مع ذلك مع المنتمي كما درج على ذلك تعامل شركة Facto France Heller² والتي تتحقق إذا ما توفرت الأركان (التقابل بين الدينين خلوها من النزاع، التماثل في المحل، استحقاق الدينين للأداء).

2-الاقطاع من مال الضمان: Retenue De Fond De Garantie

تشرط في اغلب الأحيان الشركة الوسيط كما هو الشأن بالنسبة لشركة Facto France Heller الفرنسية على المنتمي تكوين جزء من المال كضمان³ ويتكون هذا المال بواسطة خصم

¹ أحمد بوراس: المرجع السابق، ص 119.

² **Convention de compte courant** : il est convenue que les sommes que nous vous verserons en vertu du présent contrat et celles que vous nous dévirez entrèrent en compte courant de sorte que nos remises dettes et créances réciproques se traduiront en articles de crédit et de débit destinés a dégager a la clôture du compte du compte courant un solde seul exigible .il est expressément convenu entre nous que toutes nos créances et dettes réciproques sont connexes et indivisible et se compensent entre elle .Se compte courant dans nos livre ne comporte pas d'autorisation de découvrir s'il se trouve exceptionnellement présenter un solde débiter. Le remboursement de se solde serai immédiatement exigible et porterait en outre itérer aux taux fixe dans les conditions particulier ci jointes. Votre compte sera crédit notamment du montant des factures dont la propriété nous aura été transfère ainsi que des sommes que nous pourtant éventuellement réservoir en règlement de facture nos prise en charge que nous seront alors réputée avoir encaisse en qualité de mondalaire.il sera débiter notamment de vos prélèvement des sommes destinées a constituer le fonds de garantie priva a la 'article 8 ci après » P- Jude ;op-cit ,p25

³ **Retenue de fond de garantie** « Vous constituerez entre nos main un fonds de garantis alimente par des dépôts effectuer suivant les modalités pré vente aux conditions particulières.

جزء من قيمة الحقوق التجارية التي تدفعها الشركة الوسيط في الحسابات ،ويخصص هذا الجزء لتغطية أي حادث يمكن توقعه و يؤدي إلى تخفيض المبالغ الأصلية للفواتير،ويودع مال الضمان في الحساب عند التحصيل الفعلي للحقوق التجارية من المدين.

ويقدر مال الضمان بحسب الإتفاق بين الطرفين من قيمة الحقوق التجارية، ويظهر بذلك من خلال الطبيعة القانونية لهذا الاتفاق أنه عبارة عن رهن منقول و يترتب على ذلك أنه يحق للمنتمي إسترجاعه بعد إستيفاء الشركة الوسيط لحقوقها،¹ أما التصرف فيه فهو يعد بمثابة تأمين في عقد تحويل الفاتورة و ضمان لما تقدمه الشركة الوسيط من إعتمادات ،لهذا لا يجوز للمنتمي أن يتصرف فيه خلال مدة العقد².

3-الحق في المراقبة والاطلاع:

لا تمارس الشركة الوسيط هذا الحق بصفة دورية ، بل كلما دعت الحاجة إليه وإرتابت في انتظام المعاملات المالية للمنتمي ، ويمكنها هذا الحق من الاطلاع على مركز المنتمي فتكون على علم بكل ما يطرأ من تغيير ، مما يجعلها تتخذ إجراءات احتياطية لحماية مصالحها ولتفادي الضرر الذي يمكن أن ينجم عن استمرارها في التعامل مع هذا المنتمي³.

4-الحق في إنهاء العقد:

Ce fonds sera effectuer a la couverture des créances que nous pourrions avoir sur vous de fait notamment des recours que nous somme autorise a exerce contre vous au titre de présent contrat. Les somme constitue le fond de garantie ne pourant³³ l'objet de votre part d'aucune cession de créances au profit de tiers. Le montant des dépôts ainsi réalise vous sera réserve lors de la clôture définitive du compter courant prévue a l'article 07 se dessus après compensation effectuer de bien droit. Avec le solde débiteur qui pourrait naître de la régularisation des écritures passées en cour de contrat tant au crédit qu'au débit de se compte » p- Jude : op-cit., p25.

¹ A- Reginald , op-cit , p8.

² أحمد بوراس، المرجع السابق، ص 118.

³ المرجع نفسه، ص 117.

عقد تحويل الفاتورة من العقود الزمنية غير محدد المدة في غالب الأحيان، ومن ثم يجوز لكل طرف إنهاء العقد في أي وقت، وهو مبدأ عام يطبق على كافة أنواع العقود الزمنية. Contrat Successifs، بيد أنه يشترط لممارسة هذا الحق أن لا يكون الإنهاء تعسفياً، كما لا يجوز لأحد المتعاقدين في حالة عدم وفاء المتعاقد الآخر بالتزاماته بعد إعداره أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه¹، وبناء على ذلك يكون أمام أطراف العقد الخيار بين إنهاء العقد طبقاً للقواعد العامة المتعلقة بإنهاء العقود الزمنية، وهذا الإنهاء يكون صحيحاً في أي مرحلة من مراحل التعاقد وبالإرادة المنفردة لأحد أطرافه، وعلى هذا الأساس نجد أن هناك ميزتان أساسيتين تميزان الحق في إنهاء عقد تحويل الفاتورة.

1- أن هذا الإنهاء يكون بالإرادة المنفردة لأحد أطرافه، وفي هذا خروج صريح عن القواعد العامة الحاكمة للعقد والتي تنص على عدم جواز نقض أو إلغاء العقد إلا باتفاق الطرفين²، ولا تبدو هذه الميزة خروجاً عن القواعد العامة بل هي من الاستثناءات المتعلقة بالقاعدة العامة والتي تدخل في نطاق الحالات التي يجيزها القانون، فهناك حالات يتدخل فيها المشرع لينهي العقد أو يعدله رغم إرادة المتعاقدين ولا يملك القاضي فيها سلطة تقديرية فلا يحق له إبقاء العقد أو إنهائه³.

2 - إذا كانت القواعد العامة تجيز إنهاء العقود الزمنية ومنها عقد تحويل الفاتورة، فطبقاً لمبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) فإنه لا يجوز لأحد الطرفين منفرداً إنهاء العقد أي خرق مبدأ التقابل Résiliation Conventionnelle، غير أنه استثناءً يجوز إنهاء العقد بإرادة منفردة إذا كان هناك نص في القانون يجيز ذلك أو طبقاً لشرط في العقد⁴، وهو ما نجده في عقد تحويل الفاتورة فيجوز لكل طرف في العقد أن يفسخه شرط توجيه إخطار بذلك كما هو الشأن بالنسبة للبند 15 من العقد النموذجي لشركة Facto France Heller فنجد أن مدة الإخطار تحدد بـ 3 أشهر⁵

¹ المادة 119 من ق م ج

² انظر المادة 106 ق م ج

³ محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 301.

⁴ المرجع نفسه، ص 300.

⁵ **Durée de contrat** : sauf dérogation spécial figurant taux condition particulières ci jointes, le présent contrat est conclu pour une durée invétérée.

ويبقى العقد ينتج آثاره القانونية إلى غاية هذا الإخطار ولا يكون المنتمي في خلال مدة الإخطار معنيا من التزاماته بتقديم الفواتير، ونفس الحال بالنسبة للوسيط حيث تقوم بتنفيذ جميع التزاماتها إلى غاية انتهاء مدة الإخطار.

وهذه المدة وان كانت في ظاهرها فرضت لفض النزاع التجاري بين الشركة الوسيط و المنتمي، فإنها في واقع الأمر إخطار بإنهاء عقد الائتمان، وقفل الحساب الجاري بعد انقضاء هذه المدة في حالة عدم تسوية النزاع¹.

غير أنه ولأن عقد تحويل الفاتورة عقد يقوم على الإعتبار الشخصي، فإنه يحق للشركة الوسيط أن تنهي العقد بصفة منفردة، ودون توجيه إخطار مسبق حتى ولو كان محدد المدة وقبل إنتهاء الأجل المحدد²، فعادة ما تحرص الوسيط على تأكيد حقها في إنهاء العقد دون إخطار، خاصة في حالة إخلال المنتمي بالتزاماته المفروضة عليه، إلا أنه لا يجوز للوسيط أن تمنح قرارها بالإلغاء صفة العلنية حتى لا تضر بسمعة المؤسسة التجارية³، فحق الشركة الوسيط اذا في إنهاء العقد بصفة منفردة دون توجيه إخطار، يعد ضمنا أساسيا لها .

Il pourra être résilié à tout moment par l'une ou l'autre des parties moyennant un préavis de trois mois, cette réalisation devra être notifiée par le avec accusé de réception.»
p,jude :op_cit,p25

¹ " En cas de contestation d'un factor par le débiteur (litige commercial) le factor vous laisse un délai pour résoudre le litige (30 à 60 jours) à la différence de la Daily ou 'escompte bancaire ou le banquier désincentive immédiatement, ce n'est qu'après ce délai que le factor débitera votre compte courant, si le litige commercial n'est pas régularisé.

Les factures faisant l'objet d'une contestation de la part du client vous sont signalées par le factor, dans l'attente de votre instruction, le factor suspend toute relance après de votre clients.

Vous disposez d'un délai contractuel pour résoudre votre litige 30-60 J engagez à passer ce délai solution n'a été apportée par vous-même, le factor et amen débiteur votre compte courant, à sortir la facture litigieuse de ses livres et n'en assure plus la gestion ».

Affacturage : 12-09-2012 Sous <http://A/www.finagois.fr>

² بشير محمودي : المرجع السابق، ص 72.

³ هشام فضلي : المرجع السابق، ص 144.

الفرع الثاني: إستحقاق الشركة الوسيط عمولة الائتمان .

تتقاضى الشركة الوسيط عمولة معينة مقابل خدماتها التي تقدمها للمنتمي بموجب عقد تحويل الفاتورة، ويمكن أيضا أن يضاف إليها بعض الفوائد في بعض الحالات وهذا هو الهدف الذي تبغيه أي مؤسسة إئتمانية، وهو ما أكدته المادة 543 مكرر 14 ق ت ج بنصها على أن الشركة الوسيط تتقاضى أجرا من المنتمي نظير الخدمات التي تقدمها، فالمشرع الجزائري إذا استعمل بموجب هذه المادة عبارة "مقابل أجر"، غير أن هذه العبارة غامضة و لا تتماشى مع طبيعة المعاملات التجارية .

فالأجر بصفة عامة هو ما يستحقه العامل لدى صاحب العمل في مقابل تنفيذ ما يكلف به وفقا للاتفاق الذي يتم بينهما وفي إطار التشريعات المنظمة للعلاقة¹.

أما التعريف الاقتصادي للأجر فهو "المبلغ الذي يدفع للعامل مقابل قيامه بعمل ما أو عند تنفيذ هذا العمل لحساب شخص آخر"، فهذا المفهوم يشمل جزءا من دخل صاحب المشروع الاقتصادي الذي يقوم بإدارته بنفسه وذلك لقاء قيامه بالعمل .

فكان على المشرع الجزائري إختيار المصطلحات التي تتماشى مع طبيعة العقد بإعتبار أن العمولة تعتبر من العناصر الأساسية لتكليف عملية الائتمان حتى لا نقع في هذا اللبس و الغموض.

وبالنسبة لشركة Facto France Heller، فإن هذه الشركة تميز بين نوعين من العمولة التي تتقضاها من المنتمي بموجب عقد تحويل الفاتورة وهي على نوعين : العمولة الخاصة والعمولة العامة.

أولا: العمولة الخاصة: « Commission Privé »

¹ صلاح عبد الباقي: إدارة الموارد البشرية، الدار الجامعية، القاهرة، مصر، 2000، ص 359.

العمولة الخاصة وتسمى أيضا بعمولة التعجيل أو عمولة التمويل ويقصد بها الفوائد المستحقة للشركة الوسيط لقاء تعجيلها الوفاء بقيمة الحقوق التجارية، وتحسب على المدة الفاصلة بين تاريخ سحب المنتمي لمبالغ الائتمان من الحساب الجاري أو تاريخ الاستحقاق الفواتير المقبولة، هذا وتقدر الشركة الوسيط سعر الفائدة المستحقة سنويا في ضوء سعر الفائدة المتعامل به مصرفيا وهنا تدخل عدة اعتبارات (معدل التمويل حسب العقد الموقع ، نوعية الحقوق المتنازل عنها، حجم الحقوق التجارية، طريقة التسديد،..)¹

ثانيا: العمولة العامة « Commission générale »

وهي العمولة التي تتقاضاها الشركة الوسيط نظير خدمتي الإدارة والالتزام بعدم الرجوع وتسمى أيضا بعمولة عقد الشراء، وتستحق هذه العمولة لعدة اعتبارات تتعلق بـ:

1. تحصيل الحقوق التجارية من المدينين.
 2. النفقات التي تكبدها الشركة الوسيط من أجل القيام بنشاطها كتقديم الاستشارات والمعلومات.
 3. المخاطر التي تتحملها الشركة الوسيط.
 4. خصائص المنتمي، (قطاع النشاط، رقم الأعمال، عدد الزبائن، عدد الفواتير)،
 5. مراكز المدينين وسمعتهم التجارية وعدد مرات تخلفهم عن الوفاء².
- ويختلف سعر العمولة العامة من بلد إلى آخر وتراوح في فرنسا بين 0.5% إلى 2.5%³، وتجدر الإشارة إلى أنه إذا اتفق الطرفان على أن تدفع شركة الوسيط قيمة الديون فور توقيع العقد فلا شك أن العمولة التي ستتقاضاها ستكون أعلى نسبة مما لو تم الاتفاق على أن تكون الشركة الوسيط ملزمة بالدفع عند الاستحقاق بغض النظر عن تحصيلها أو عدم تحصيلها لتلك الديون⁴.

¹ Deschanel (Jean Pierre) Lemoine (Laurent) : l'affacturage que sais-je ? PUF 2éd, 1993, p69

² Etude du rapport de la commission bancaire ,litec, Paris ,p 34

⁴ مروان كركي : عقد الفاكورينغ ، دراسة مقدمة الى مؤتمر الجديد في العمليات المصرفية من الوجهتين القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة بيروت ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، 2002، ص 381.

المبحث الثاني: متطلبات منح الائتمان و مخاطر إسترداده

بيننا فيما سبق أن معطيات مشكلة تحصيل الحقوق التجارية تتمثل في حاجة المؤسسات الاقتصادية لاسيما الصغيرة والمتوسطة إلى تعجيل حقوقها التجارية على مدينيها، والى الإمكانيات الإدارية والمالية لتحصيل هذه الحقوق، وكذا إلى الضمان الذي تأمين معه من مخاطر إعسار أو إفلاس مدينيها، وفقا لهذه المعطيات ظهر العقد في قالب خاص بغية إشباع حاجات المؤسسة فكانت له هذه العناصر الثلاث: التمويل، الضمان، الخدمات الملحقه، وتفصيلا لما سبق سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: آلية منح الائتمان.

المطلب الثاني: عملية استرداد الائتمان و مخاطره

المطلب الأول: آلية منح الائتمان

يلتزم المنتمي بمقتضى شرط الجماعية أن يعرض على الشركة الوسيط كافة فواتيره على مدينيه كما سبق بيانه، فإذا قبلت الشركة الوسيط تمويل وضمان بعض أو كل الحقوق التجارية فإنها تقوم بتعجيل قيمة الحقوق التجارية المستحقة للمنتمي على مدينيه وذلك عن طريق تحديد مبلغ الاعتماد الممنوح عن كل مدين، في مقابل التزام الشركة الوسيط بالضمان وتقديمها لبعض الخدمات الإضافية لمصلحة المنتمي، تبعا لذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: تعجيل حقوق المنتمي على مدينيه

الفرع الثاني: إلتزام الوسيط بالضمان و تقديم الخدمات الملحقه

الفرع الأول: تعجيل حقوق المنتمي على مدينه

تقوم الشركة الوسيط بمقتضى حلولها محل المنتمي بتعجيل قيمة حقوقه التجارية و ذلك عن طريق تحديد مبلغ الاعتماد الممنوح لكل مشتري مدين، كما أن نقل ملكية الحقوق التجارية المقابلة للفواتير إلى الشركة الوسيط لا يتم إلا بعد الوفاء بقيمتها، وتفصيلا لما سبق سنقسم هذا الفرع على النحو التالي:

أولا: الاعتماد الممنوح لكل مدين

تحديد مبلغ الاعتماد الممنوح هو في الواقع تحديد للمبلغ الأقصى من المخاطر التي تقبل الشركة الوسيط تحملها بشأن مدين معين في ضوء المعلومات والتحريات التي تتيح لها كشف المركز المالي لهذا المدين، ولهذا فإن هذا الإعتماد يتفاوت من مدين لآخر وفقا ليساره وقدرته المالية¹.

وتحديد الاعتماد يكون عادة عن فترة معينة أسبوع، شهر أو ثلاث أشهر، كما هو الشأن بالنسبة لشركة Egypte Factor المصرية حيث تنص المادة 06 من العقد النموذجي للشركة بأن فترة منح الاعتماد للمدين لا تتجاوز 03 أسابيع²، وعقب انتهاء هذه المدة يحدد مبلغ الاعتماد الذي تقبل منحه الشركة، غير أنه في بعض الحالات فإن الشركة الوسيط لا تحدد مدة الاعتماد فيكون غير محددة المدة وذلك حتى إشعار آخر بالتعديل أو الإلغاء.

فإذا زادت قيمة الفواتير عن قيمة الاعتماد تفي الشركة الوسيط للمنتمي بقيمة الفواتير المساوية لقيمة الاعتماد، أما بالنسبة للفواتير الزائدة على هذا الحد، وحتى ولو كانت مقبولة فلا تلتزم الشركة الوسيط بتمويلها وضمانها ويكون لها الخيار بين أمرين إما تعديل مبلغ الاعتماد بالزيادة لتشمل هذه الفواتير، وأما أن تقدم إثمتانا عن هذه الفواتير غير مقرون بخدمة ضمان عدم الرجوع، كما هو الشأن بالنسبة لشركة (F.F Heller الفرنسية) حيث يمنح عقد تحويل الفاتورة للشركة الوسيط الحق في إلغاء الاعتماد الممنوح أو تعديله بالزيادة أو النقصان³، فالمتابعة المستمرة

¹ هشام فضلي: المرجع السابق، ص 66.

² Hichem Chahin "factoring" 02-09-2012 www.egypte factor.fr

³ P. Jude, op.cit, p44.

لمدين معين واستقراء حالة السوق قد تكشف عن عدم انتظام المركز المالي لهذا المدين الأمر الذي يستلزم على الوسيط أن تتخذ احتياطاتها تجنباً للخسارة، فإما تصدر قرارها بتعديل قيمة الاعتماد الممنوح بالزيادة أو النقصان¹. وعلى العكس من ذلك فإن تحسين المركز المالي لأحد المدينين يجعل الشركة الوسيط مطمئن لانخفاض المخاطر المتوقعة ولذلك تصدر قرارها بزيادة قيمة الاعتماد

ثانياً: الوفاء بقيمة الفواتير .

يلتزم المنتمي بأن يرسل للشركة الوسيط وفي مواعيد متفق عليها قائمة ومفصلة ومدون عليها إقرار موقع منه بنقل ملكية الحقوق التجارية المقابلة للفواتير إلى الشركة الوسيط مع طلب الوفاء بقيمتها، وداخل نطاق الاعتماد الممنوح تقوم الشركة الوسيط بوفاء قيمة الفواتير المقبولة عن طريق القيد في الجانب الدائن من الحساب الجاري المفتوح لديها باسم المنتمي ويرد القيد على المبلغ كاملاً ويقيد في الجانب المدين العمولة والمصاريف، إما إذا استخدم المنتمي حقه الناشئ من القيد في الحساب الجاري بسحب قيمة الفواتير فور إجراء هذا القيد أي قبل حلول أجل الاستحقاق لزمته العمولة وفوائد الائتمان معاً أما إذا انتظرت أجل الوفاء لزمته العمولة فقط².

هذا ويثار التساؤل حول اختلاف آجال الاستحقاق الفواتير، باعتبار أن آجال الاستحقاق تكون متفاوتة، في هذا السياق عمد المشرع الفرنسي جعل الحق في سحب قيمة الفواتير في تاريخ يمثل متوسط الآجال بدلاً من انتظار أجل كل فاتورة، فإذا كان أجل استحقاق بعض الفواتير المقبولة هو 30 يوم والبعض الآخر هو 50 يوماً، فإن الأجل المتوسط هو 40 يوماً من تحرير الفواتير³.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري وبالرجوع إلى نص المادة 543 مكرر 14 ق.ت.ج نجده استعمل عبارة "فوراً" فالشركة الوسيط هنا تقوم بتمويل المؤسسة دون انتظار مدة معينة أي بمجرد حلول الوسيط محل المؤسسة.

¹ هشام فضلي: المرجع السابق، ص 65.

² علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص 623

³ هشام فضلي: المرجع نفسه، ص 66.

الفرع الثاني: إلتزام الوسيط بالضمان و تقديم الخدمات الملحقة

يعتبر شرط عدم رجوع الشركة الوسيط على المنتمي في حالة فشلها في استرداد قيمة الائتمان من أهم الشروط التي تميز عقد تحويل الفاتورة و من أهم الخدمات التي تقدمها الشركة الوسيط للمنتمي، غير أن ذلك لا يمنع من وجود بعض الخدمات الإضافية و التي تمنحها الشركة للمنتمي ضمانا لتنفيذ العقد، تبعا لذلك سنقسم هذا الفرع كما يلي

أولا: إلتزام الوسيط بضمان عدم الرجوع على المنتمي .

ثانيا : إلتزام الوسيط بتقديم الخدمات الملحقة .

أولا : إلتزام الوسيط بضمان عدم الرجوع على المنتمي

لإيضاح النظام لقانوني لشرط الضمان بعدم الرجوع في عقد تحويل الفاتورة، يتعين علينا التعرض لمفهومه ثم بيان طبيعته القانونية.

1:تعريف الإلتزام بضمان عدم الرجوع

يتجلى هذا المفهوم من خلال إبراز الخصائص الرئيسية لهذا الإلتزام وصولا لإيجاد تعريف خاص به ينسجم والطبيعة الائتمانية للعقد، ويمكن حصر هذه الخصائص في مايلي:

1. الضمان بعدم الرجوع هو ضمان يقوم به شخص ليس أجنبي عن العلاقة، وعلى عكس ماهو موجود في الكفالة أو في ضمان الائتمان، فالشركة الوسيط هي التي تمنح الائتمان وفي نفس الوقت هي التي تضمنه، وهو شكل منفرد للضمان الخاص بالعمليات الائتمانية، لأن الأصل أن يقوم الضمان لصالح مانح الائتمان حتى يأمن من مخاطر عدم استرداده، لا أن يقوم لصالح متلقي الائتمان¹.

¹M. Jean François: op-cit ,p16.

2. إن ضمان الوسيط للمنتمي بعدم الرجوع عليه، يفترض وجود أكثر من عقد، فهناك العقد الأساسي الخاص بالبيع أو تقديم الخدمات والمبرم بين المنتمي وزبائنه المدنيين، وهناك أيضا عقد منح الائتمان والذي يأخذ شكل الوفاء بقيمة الحقوق التجارية، وتدخل الوسيط بال ضمان وإن كان لا يؤثر على العقد الأول، فهو يؤثر تأثيرا بالغا على علاقات العقد الثاني،¹. بحيث يسقط حق المنتمي في التمتع بال ضمان لعدم توفر شروطه .

3. الالتزام بال ضمان هو ضمان شخصي يتم بصفة احتياطية، ولا يقوم كنشاط مستقل فالذي يضمن الائتمان هو الوسيط وينصب ضمانها إذا لم يقيم المدين برد قيمة الائتمان لها، وهو التزام احتياطي باعتبار أن التزام المدين بالوفاء يؤدي إلى انقضاء التزام الشركة الوسيط بال ضمان، وبالرغم من كونه التزام احتياطي، إلا أنه ليس تابعا له فالوسيط تلتزم بصفة أصلية في مواجهة المؤسسة الاقتصادية مقابل عمولة، حتى ولو لم يكن التزام المدين قد تولد في تاريخ الالتزام بال ضمان، فإذا كانت الشركة الوسيط واثقة من قدرة مديني المنتمي على الوفاء، فما الذي يمنعه من قبول الالتزام بال ضمان والاستفادة من النسبة الزائدة في العمولة عما لو التزم بمنح الائتمان فقط دون ضمان عدم الرجوع².

فعقد تحويل الفاتورة كما سلف بيانه عرف شكل الضمان من خلال بيوت تحصيل الحقوق التجارية La Maison De Factor خلال القرن 17، وقبل هذا التاريخ كان الوكلاء يقومون بمهمة البيع فقط مقابل عمولة، إلا أن الظروف التي عرفتتها سوق لندن بعد ذلك من تضخم في البضائع وكساد في السوق دفع الوكلاء إلى البحث عن أسلوب جديد يتلاءم مع الظروف الجديدة وتحقق لهم فائدة واستمرارية لذلك اتجهوا إلى تخزين هذه البضائع مع أداء قيمتها للبائع بقصد بيعها في الوقت المناسب، ثم تطور دورهم تحت وطأة ظروف السوق فلم يقنعوا كوكلاء للبيع مقابل عمولة بل أصبحوا ممولين بالوفاء وضامنين لقيام المشترين بالوفاء حتى قبل إتمام صفقات الشراء مقابل عمولة إلى جانب وظيفة البيع وعمولتها، ولذلك أطلق على هؤلاء

¹ Bancal (l) et Lagel Charlete : « du croire du banque », J.C (B C) F S 600, n 20, 1993, p48

² هشام فضلي: المرجع السابق، ص 98.

الوكلاء في تلك الفترة تسمية "مشتروا الحقوق التجارية الضامنون"¹، فمصطلح DuCroire أي الضمان معناه الثقة، فالمنتمي يضع كل ثقته في الشركة الوسيط.

أما بالنسبة لشرط الضمان بعدم الرجوع، فإن القانون التجاري الجزائري وكذلك الفرنسي والمصري... لم يتضمن نصوصا خاصة تعالج هذا الشرط ببيان محتواه وماهيته، صحيح أن الالتزام بالضمان مشار إليه في بعض الحالات الخاصة، ومثال ذلك المادة 34 وما بعدها ق.ت.ج الخاصة بعقد الوكالة بالعمولة للنقل، ولكن دون وجود أي تنظيم عام لشرط الضمان يمكن الارتكاز عليه.

إذا ومع غياب نص قانوني لتنظيم هذا الشرط سواء في التشريع الجزائري أو في التشريعات المقارنة، هناك من يرى انه يتعين الفصل بين عملية الائتمان وعملية الضمان حتى لا يؤدي ذلك إلى اندماج الشخص المؤمن في شخص مانح الائتمان، فإذا قامت شركة أخرى غير الشركة الوسيط بالضمان افتراضا، ومع التسليم بإمكانية قيام هذا النشاط مستقلا عن أي نشاط آخر لمصلحة متلقي الائتمان على نحو يؤدي إلى رد الائتمان إلى الوسيط في حالة عجز المدين عن الوفاء أو لمصلحة الوسيط حتى تضمن استرداد إئتمائها، ففي الحالتين ستقوم الشركة ، بالوفاء بقيمة الحقوق التجارية "قيمة الضمان" مباشرة إلى الشركة الوسيط حتى لا ترجع على متلقي الائتمان ، أما وقد اندمج شخص مانح الائتمان مع شخص الضامن فإن الضمان يحدث لمصلحة متلقي الائتمان وليس لمصلحة الوسيط لأنه لا يجوز أن يكون المؤمن هو المستأمن².

2: الطبيعة القانونية لشرط الضمان بعدم الرجوع:

تباينت الآراء واختلفت بشأن تحديد الطبيعة القانونية لشرط الضمان بعدم رجوع الشركة الوسيط على المنتمي.

فذهب الاتجاه الأول إلى اعتبار أن هذا الالتزام هو بمثابة كفالة Cautionnement، في حين اتجه رأي آخر إلى اعتباره عقد ضمان ائتمان Assurance crédit .

¹ علي جمال الدين عوض : المرجع السابق، ص 623

² هشام فضلي : المرجع السابق، ص 101.

ونستبعد هذه النظريات من الدراسة لأننا بينا فيما سبق (الفصل الأول) أوجه الاختلاف والفوارق الواضحة بين هذه العقود وبين عقد تحويل الفاتورة، وبالنتيجة استبعاد إدراج هذا الشرط كتطبيق من تطبيقات هذه العقود، ونكتفي بدراسة النظرية الألمانية والتي حاولت تكييف شرط الضمان على أنه حالة خاصة للمسؤولية العقدية عن فعل الغير¹ لنخلص في الأخير إلى بيان التكييف القانوني للشرط.

1-2 نظرية الالتزام بنتيجة

ويتزعم هذه النظرية الفقيه الألماني Merlaud وقد إستعان هذا الأخير في تأسيس نظريته بثلاث آراء سادت الفقه الألماني في بحثه عن تبرير قانوني لشرط الضمان بعدم الرجوع وهي نظرية النتيجة ونظرية تحمل التبعة ونظرية الضمان الضمني .

ووفقا لهذه النظرية فإن محل التزام المدين ليس نشاطه الشخصي، بل هو نتيجة هذا النشاط، فالمدين قد وعد بتحقيق نتيجة معينة، ولا يهم بعد ذلك الوسائل التي يستعين بها من أجل تحقيقها، فطالما أن النتيجة لم تتحقق فهذا يعني أن المدين لم ينفذ التزامه فكل ما يهم الدائن هو حصوله في الوقت المحدد على التنفيذ الكامل للالتزام.

وقد لاقت هذه النظرية انتقادا شديدا من الفقه لأن منطقتها من شأنه تغيير الالتزام ببذل عناية إلى إلتزام بتحقيق نتيجة، وعلاوة على ذلك فإنه إذا كان المدين قد تعهد بتحقيق نتيجة معينة، فلا يجب أن نضع على عاتقه أعمال المساعدين². بل وكذلك القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، وهو أمر يتعارض مع النصوص القانونية التي تعفي المدين من المسؤولية في هذه الحالة .

وهذه النظرية في نظر Merlaud ، وإن كانت لا تخدم الأساس العام للمسؤولية العقدية عن فعل الغير بصفة عامة، فإنها تصلح لتبرير شرط الضمان كتطبيق خاص لهذه المسؤولية، فالشركة الوسيط الضامنة لا تلتزم ببذل عناية في حصول المؤسسة على حقها بل تضمن لها حصولها

¹ Me, (Jean François), op-cit ,p186

² مأمون عبد الرشيد: المسؤولية العقدية عن فعل الغير، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1984، ص 63.

عليه، فإذا لم يف المدين فإنها تتدخل بدلا عنه، فشرط الضمان DuCroire بهذا الشكل هو نظام بمعنى التزام الوسيط قبل المؤسسة التزاما بتحقيق نتيجة معينة هي اقتضاء الوفاء من مدينيها¹.

2-2 نظرية تحمل التبعة:

فالمدين قد استعان بالمساعدين لكي يحقق مصلحته الخاصة ولذلك عليه أن يتحمل مخاطر ذلك، وهنا يطبق Merlaud فكرة المنفعة بشكل خاص، حيث يرى أن الشركة الوسيط تستفيد من نشاط الوساطة فهي تحصل على عمولة، بل إن مصالحها تغلب مصالح المنتمي، ومن ثم فعليها أن تتحمل مخاطر العملية التي توسطت فيها.

3-2 نظرية الضمان الضمني:

وفقا لهذه النظرية فإن المدين الذي يستعين بالمساعدين في تنفيذ التزامه يتعهد ضمينا بضمان أفعالهم الضارة، بيد أن الضمان بعدم الرجوع في عقد تحويل الفاتورة هو ضمان صريح وليس ضمني، وصرحة ان هذا الشرط يغنينا عن اللجوء لأي نظرية لتأسيسه، فشرط عدم الرجوع هو عقد للضمان السلبي.

فالحكمة من تقرير المسؤولية العقدية عن فعل الغير ترد إلى عدم إمكانية إثبات الخطأ الشخصي من المدين الذي ربما لم يتدخل بنفسه لتنفيذ الالتزام، إذ أن تنفيذ العمل يأتي نتيجة مساهمة عدد كبير من الأشخاص، ومن ثم فإن الحماية الفعالة للدائنين لا يمكن الحصول عليها إلا عن طريق الإقرار بمبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير، بيد انه عندما يتعهد المدين صراحة بالضمان، فالأمر لا يتعلق حينئذ بمسؤولية غير مباشرة بل بمسؤولية عقدية مباشرة، ويصبح فعله الشخصي هو ضمان لتنفيذ الغير لالتزامه التعاقدي²، ولذلك فلا وجه لتشبيه التزام الوسيط صراحة بالضمان بالمسؤولية العقدية عن فعل الغير .

¹ M, Jean Francois, op-cit , p.220

² هشام فضلي: المرجع السابق، ص 126.

2-4 النظرية الحديثة: الضمان السلبي وشرط عدم الرجوع:

يدخل شرط عدم الرجوع *ducroire* في إطار عقود الضمان، ويكون محل التزام الشركة الوسيط الضامنة هو ضمان قيام المدين بتنفيذ التزامه التعاقدى، وترتبط عملية الضمان بعملية الائتمان في عقد تحويل الفاتورة، بحيث يكون محل التزام الوسيط هو عدم الرجوع على المؤسسة بقيمة الائتمان الممنوح قبل حلول أجل الحقوق الضامنة للاسترداد عندما تفشل في تحصيل هذه الحقوق نتيجة تخلف المدين عن الوفاء، وهذا الارتباط هو الذي يجعل نشاط الشركة الضامنة نشاطا سلبيا وليس إيجابيا، وهو ما يمثل المظهر السلبي لعملية الائتمان باعتباره ائتمان بلا رجوع.

وإذا كان عقد الائتمان في عقد تحويل الفاتورة هو إئتمان بلا رجوع، فلا يعني ذلك أنه عقد يتم على سبيل التبرع، فإزدواجية نشاط الشركة الوسيط هي التي تعطيه هذا المظهر، بمقتضى عملية تعجيل قيمة الحقوق التجارية وضمن عدم الرجوع، أو ما اصطلح على تسميته بالمظهر الإيجابي والمظهر السلبي¹، ولما كان متلقي الائتمان هو المستفيد من عقد الضمان، ولما كانت الشركة المانحة الائتمان للشركة الضامنة، تقع مقاصة قانونية بين ما يجب أن يرد له متلقي الائتمان للشركة المانحة، وما يجب أن تدفعه الشركة الضامنة إلى عميلها المستفيد من الضمان، ولذلك لا يكون للشركة الوسيط كأثر لتحقيق الخطر، أي رجوع على متلقي الائتمان .

ثانيا :إلتزام الوسيط بتقديم الخدمات الملحقة .

إضافة إلى التزام الشركة الوسيط بتعجيل قيمة الحقوق التجارية، وضمن عدم الرجوع بتحملها تبعة عدم التسديد التي يفرضها عقد تحويل الفاتورة، فقد ينص العقد على بعض الإلتزامات الإضافية التي تدخل ضمن صلب هذا العقد ويتعلق الأمر بتغطية أخطار السوق وتقديم المعلومات والاستشارات ومسك الحسابات .

¹ Michel vivant : convention de *ducroire* , JC(B-C),FS955,n05,1988, p17.

ونظرا لأهمية تكلفة العقد في تحديد الفوائد والوفورات التي تحققها المؤسسة الاقتصادية من وراء اعتمادها هذه التقنية سنحاول من خلال هذا الفرع الوقوف عند تقدير التكلفة الإجمالية للعقد وفق مايلي:

1: تغطية أخطار السوق.

2: تقديم المعلومات و الإستشارات.

3: التكلفة الإجمالية لعقد تحويل الفاتورة .

1. تغطية أخطار السوق

في ظل غياب نصوص صريحة تعرف طبيعة الأخطار المغطاة من قبل شركات تحويل الفواتير، وبالرجوع إلى طبيعة نشاط هذه الأخيرة وعمل الشركات الأخرى التي لها نفس الوظيفة على غرار شركات تأمين القرض عند التصدير، يمكن استنتاج طبيعة ونوع الأخطار موضوع التغطية، ويتعلق الأمر بالخطر التجاري المسمى أيضا بخطر عدم التسديد.....¹. أو الدفع الناجم عن عدم ملاءة المشتري المتعامل معه أي إفلاسه أو رفضه تسديد الثمن .

كما تتدخل هذه الشركات عندما يتعلق الأمر بالسوق الدولية لتغطية خطر آخر يتمثل في خطر الصرف خاصة عندما يتعلق الأمر بعقد تحويل الفاتورة الدولي والذي يقصد به تغير أسعار العملات الصعبة بالمقارنة بالعملات الوطنية،² أو بصيغة أخرى احتمال دفع قيمة أكبر أو تحصيل إيراد ناتج أقل عن عملية تستخدم فيها عملة غير العملة الوطنية .

إن تغطية هذا النوع من الأخطار من قبل الشركة الوسيط له أثر مباشر على الذمة المالية للمنتمي الذي يزيل عقبة من نشاطه في السوق والمتمثل في خطر الزبون الذي تتحمله الشركة الوسيط وبالتالي الثقة والاستمرارية في النشاط ودعامة لتطويره، وذلك ما ترغب فيه أي مؤسسة اقتصادية خاصة الصغيرة والمتوسطة منها .

¹ الكاهنة إرزيل: "دور آلية تأمين القرض عند التصدير في التجارة الخارجية"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ، 2009، ص 66-80.

² وفاء عبد الباسط: دراسات في التجارة الخارجية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000. ص 160

غير أن الملاحظ أن هذه الشركات لا تتدخل في تغطية الأخطار الكبرى المتعلقة بالكوارث الطبيعية، الأخطار الإقتصادية والأخطار السياسية بالنظر إلى جسامتها، وهو النقص المسجل لعمل الشركة الوسيط الأمر الذي يدفع المؤسسات الإقتصادية للجوء إلى شركات تأمين لتكملة الضمان وتغطية كل مخاطر السوق، لان شركات تحويل الفواتير لا تتوافر على الأموال اللازمة لتغطيتها .

2: تقديم المعلومات و الاستشارات

من خصوصيات إبرام المنتمي لعقد تحويل الفاتورة إستفادته من الخدمات الكبيرة التي تقدمها الشركة الوسيط والذي يعتبر التزام أساسي بالنسبة لها، وهنا يجب تحديد معنى هذا الالتزام وكيفية أدائه من قبل الشركة الوسيط.

ويتعلق الأمر بإعداد الشركة الوسيط للمعلومات الضرورية والوفية عن السوق التجارية، في إطار ما يسمى في لغة الاقتصاد بالإعلام التجاري أو تقديم المعلومات التجارية كإحدى الأدوات الضرورية لإنجاح مختلف الصفقات التجارية سواء على المستوى الداخلي أو الخارجي.

وهو التزام قائم على الثقة التعاقدية القائمة بين المنتمي والشركة الوسيط كخدمة تؤديها هذه الأخيرة على أساس أن المعلومات التجارية تعبر عن فن إقامة وتوطيد العلاقات والثقة المتبادلة بين الشركة ومختلف المتعاملين لإشباع حاجتهم المالية، والعمل على تنمية وتوسيع المصالح المتبادلة¹. فالشركة الوسيط لديها وسائلها المختلفة والمتنوعة بشأن تقديم النصائح والمعلومات الدقيقة ذات الصلة بنشاطها،². كأن تقوم بإعداد البيانات الإحصائية الخاصة بالمبيعات ومدني المؤسسة الإقتصادية ونسبة التحصيل والديون المشكوك في تحصيلها.

فتستطيع الشركة بما تملكه من أجهزة ومقومات مالية وإدارية أن تحصل على معلومات مهمة تتعلق بالإمكانيات المتوفرة في السوق لعقد صفقات جديدة والبحث عن مشتريين محتملين

¹ صالح خالص: الإعلام التجاري والمفاوضات التجارية الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2001، ص 4.

² أحمد بوراس: المرجع السابق، ص 115.

مع بيان مراكزهم المالية،¹ الأمر الذي يسمح للمنتمي الدخول في علاقات مالية وبالتالي زيادة فرص اتساع نشاطه

هذا وقد أوجبت المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 05-486 المؤرخ في 10-12-2005 المحدد لشروط تحرير الفاتورة و سند التحويل ووصل التسليم و الفاتورة الإجمالية و كفاءات ذلك ذكر البيانات الخاصة بالعميل أو المشتري كإسمه و عنوان وطبيعة النشاط الذي يقوم به ، وإنطلاقا من هذه المعلومات تتحرك الشركة الوسيط للتنسيق مع بعض الهيئات التي تعمل في نفس الإطار، كالبنوك والمؤسسات المالية وشركات التأمين القرض من حيث وجود اتفاقات بينها خاصة عند التعامل مع نفس الزبائن.

ومن الناحية العملية نجد امتلاك الشركة الوسيط لشبكات متطورة وعملاقة للإعلام تفيد كثيرا المؤسسات الاقتصادية ، وهذا في البلدان التي نجحت فيها تجربة عقد تحويل الفاتورة على غرار فرنسا ألمانيا، إنجلترا، الو.م.أ ، مصر ، تونس.....² . فالمتفحص لمواقع الانترنت تمكن له بسهولة التعرف على القيمة الحقيقية لنظام الإعلام التجاري الذي تستخدمه الشركات من منهجية في العمل أو التوجيه أو الإرشاد.

هذا وتضطلع الشركة الوسيط أيضا بحل المشاكل المحاسبية والإدارية الخاصة بالمؤسسة لتحسين أوضاعها الاقتصادية وتبسيط حساباتها، ثم إن قيام الشركة الوسيط بإعداد البيانات الإحصائية الخاصة بالمبيعات ومديني المؤسسة من شأنه أن يرفع من على كاهل المؤسسة الصغيرة منها والمتوسطة عبء مباشرة هذه الأمور الإدارية والتكلفة المتعلقة بها³ ، الأمر الذي يمنحها فرصة لتكيز اهتماماتها على جوانب أخرى في نشاطها .

هذا وإذا كان مبدأ الجماعية يعني التزام المنتمي بتقديم جميع فواتيره سواء كان في نطاق معين أو في مجال معين حسب الاتفاق بين الطرفين تطبيقا لمبدأ القصر فإن الشركة الوسيط كثيرا ما تقوم بقبول تحصيل فواتير غير مقبولة وإنما بوصفها مجرد وكيل عن المنتمي، لذلك فإن هذه

¹ مروان كركي: المرجع السابق، ص 372.

² يمكن على سبيل المثال الاسترشاد بالمواقع التالية: www.affacturage-france.com ، www.e.affacturage.fr

³ أحمد بوراس : المرجع السابق، ص 115

الحقوق لا تقيد قيمتها في الحساب المفتوح بينهما، فإن فشلت في تحصيلها فإنها تعيدها إلى المنتمي لأن خطرهما يظل على هذه الأخير¹ ومن ثم فإن عدم قبول الشركة الوسيط لا يمنع المنتمي من إجراء البيع أو الصفقة، إنما يتحمل لوحده المخاطر المرتبطة بالتحصيل². أما بالنسبة للشركة الوسيط فتكون مسؤوليتها هنا مسؤولية الوكيل بالعمولة فقط .

كما أن حق الشركة الوسيط في القبول أو الرفض هو ممارسة لحرية التعاقدية في منح الائتمان والقيام بعملية الضمان، فالحرية التعاقدية تمارسها الشركة مرتان: مرة عندما تبرم عقدا إطاريا ينظم علاقاتها بالمنتمي ولا يلزمها بإبرام عمليات ائتمان مستقبلية وفقا لمعايير محددة، ومرة أخرى عندما تمارس حقها في اقتناء الفواتير³.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم يشير إلى إمكانية احتفاظ الشركة الوسيط بحقها في قبول الفواتير غير المقبولة بصفقتها وكيل لحساب المنتمي بل حصر مجال نشاطها في تحصيل الحقوق أو الفواتير التجارية المقبولة فقط، ويعد هذا خروجاً عما هو مألوف في التشريعات المقارنة .

3: التكلفة الإجمالية لعقد تحويل الفاتورة.

تتكون التكلفة الإجمالية لعقد تحويل الفاتورة من عنصرين أساسيين هما:العنصر الأول ويتعلق بالتعويض الخاص بالخدمات المقدمة سواء أكانت إدارية استشارية أو محاسبية، أما العنصر الثاني فيتعلق بالتعويض عن عملية التمويل والتي تعبر عن الفائدة التي تحسب على الحجم الفعلي لتمويل المقدم من طرف الوسيط للمدة الممتدة بين تاريخ تحويل الفاتورة إلى تاريخ استحقاقها.

لكن وحتى يتسنى لنا حساب التكلفة الإجمالية الصافية أو الفعلية للعقد يجب أن نأخذ بعين الاعتبار الفوائد التي تحققها المنتمي، ذلك لأن تكلفة عقد تحويل الفاتورة عادة ما تكون في شكل نسبي من حجم المبيعات المحققة⁴، ولمعرفة ما إذا كانت هذه التكلفة تستحق الدفع من قبل

¹ علي جمال الدين عوض : المرجع السابق، ص 649.

² Pierre pissert : «Les Opération Bancaires Avec Les Etrangers»,R V banque, Paris, n , 1993,p162.

³ هشام فضلي : المرجع السابق،ص 142.

⁴ P. Jude, op-cit, p 67.

المنتمي يجب مقارنتها مع بعض التكاليف والأعباء المالية التي يكون مجبرا على تحملها في حالة عدم استخدام العقد والتي تخص ثلاث ميادين أساسية لنشاط الاستغلال.

1-3 الميدان الإداري:

يتضمن الميدان الإداري كل الأعباء الثابتة ذات الطابع الإداري، والمتعلقة بالمهام التي تتولى الشركة الوسيط القيام بها بدلا من منشأة المنتمي، وكذا الأعباء التي تحققها الشركة الوسيط والمتعلقة بتسيير وتحصيل الحقوق الناجمة عن التخفيض في عدد العاملين الأدوات، لمعدات، مصاريف النقل... أضف إلى ذلك إلغاء مصلحة محاسبية وتسيير الزبائن بسبب إلغاء حسابات الزبائن وتعويضها بحساب واحد وهو الحساب الجاري الذي تفتحه الشركة الوسيط والذي من شأنه أن يحقق للمنتمي فوائد كبيرة حيث أن تكلفة تسيير مثل هذه المصلحة تعتبر كبيرة جدا¹.

2-3 ميدان الضمان المقدم:

كما هو معروف فإن الخدمة المقدمة من طرف الوسيط تتعلق أساسا في ضمان تحصيل قيمة الفواتير في مواعيد استحقاقها على أبعد تقدير وعن طريق لجوئها إلى عقد تحويل الفاتورة فإن المنتمي هنا يتخلى عن القيام بعقد تأمين لديونه لدى الغير ضد مخاطر عدم التسديد، لأن الشركة الوسيط تضمن له تحصيل كامل حقوقه ولهذا وعند حساب التكلفة الصافية للعقد يجب استبعاد المصاريف المتعلقة سواء بتسيير حسابات الزبائن كمصاريف التأمين التي تتحملها عندما تقوم هي بنفسها برفع دعوى قضائية لتحصيل حقوقها التجارية.

3-3 الميدان المالي:

يتيح عقد تحويل الفاتورة للمنتمي إمكانية الحصول على تدفقات نقدية داخلية تلقائيا ودائمة تتناسب مع حجم مبيعاته والتي تكون دائما أكبر من تلك التي يمكن أن يحصل عليها من مصادر التمويل التقليدية، فهذه الزيادة في الخزينة من شأنها أن تتيح له إمكانية سداد مستحقات قصيرة الأجل، حيث يبدأ أولا بتسديد التسيقات البنكية مما يساعده على توفير

¹ أحمد بوراس : المرجع السابق، ص 115.

بعض المصاريف التي كان سيتحملها، ثم يقوم بتسديد مورديها في الآجال التي تسمح له بالحصول على التدفقات النقدية¹.

فالتكلفة الصافية إذا لعقد تحويل الفاتورة ماهي إلا ذلك السعر الذي ستتحمله المنتمي مقابل الجهود الإضافي الذي يبذله بالتعاون مع الوسيط، فهي عبارة عن التكلفة الإجمالية مطروحا منها التوفير الذي يمكن أن يحققه في بعض التكاليف الثابتة والمتغيرة وكذا المزايا والفوائد التي يحصل عليها.

المطلب الثاني: عملية إسترداد الإئتمان ومخاطره

إن رجوع الشركة الوسيط على المدين لإسترداد الإئتمان بمقتضى إنتقال الحق إليها وإن كان يدرأ عنها مخاطر عديدة، فيما لو لجأت للتأمينات بمعناها القانوني ويعنيها من الأشكال المتطلبة لإنشاء وسريان هذه التأمينات فإنه لا يجنبها دفع المدين المتعلقة بالحق المنقول، غير أن هذه المخاطر لا تقتصر على دفع المدين بل تمتد كذلك لتشمل الحالات التي يزاحم فيها الغير الوسيط بادعائه الأفضلية عليها في تحصيل الحق المنقول.

وتفصيلا لما سبق سنقسم هذا المبحث إلى فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: إسترداد الإئتمان من المدين.

الفرع الثاني : مخاطر إسترداد الإئتمان.

¹ احمد بوراس: المرجع السابق: ص 116.

الفرع الأول: إسترداد الإئتمان من المدين .

رد الإئتمان الممنوح من الوسيط لعميلها المنتمي عنصر لازم لإعتبار العقد من عقود الإئتمان، ومع ذلك فإنه لا يوجد في أحكام القانون الخاص ما يستوجب لجوء الوسيط إلى أساليب محددة بذاتها لإسترداد الإئتمان، مما يعني أن عملية الإسترداد قد تأخذ شكلها الرضائي بالرجوع مباشرة على المدين، أو يكون للوسيط أن تطالب المدين وتقاضيه مباشرة بصفتها دائنة ومستعينة بكافة الضمانات التي تضمن لها استرداد مبلغ الإئتمان.

وعلى ضوء ما سبق سنبحث فيما يلي:

أولاً: إستعادة الحقوق عن طريق الحل الودي.

ثانياً: إستعادة الحقوق عن طريق الحل القضائي.

أولاً: إستعادة الحقوق عن طريق الحل الودي:

من النتائج المترتبة على حلول الشركة الوسيط محل المنتمي هو الرجوع على المدين مباشرة بإسمها ولحسابها الخاص لأنها أصبحت مالكة لتلك الديون، غير أنه وبإستقراء العقود النموذجية الصادرة عن بعض شركات تحويل الفاتورة نجد أنها تنص صراحة على أن الرجوع على المدين يكون عن طريق الحل الودي و الحل القضائي عن طريق رفع دعوى قضائية، حيث تنص المادة 10 من العقد النموذجي لشركة F.F Heller الفرنسية على أنه قبل اللجوء إلى القضاء فإنه عادة تلتزم الشركة الوسيط بأن تذكر المدين وتذره بضرورة الوفاء عند حلول أجل الإستحقاق وذلك خلال فترة زمنية معينة ويتم إتخاذ هذه الإجراءات على مستوى مصلحة المنازعات Service Contentieux المتواجدة على مستوى الشركة الوسيط¹.

¹ P. Jude, op-cit, p27.

ويقصد بالحل الودي أو التسوية الودية القيام بمفاوضات مباشرة غير رسمية بين الشركة الوسيط والمدين المشتري، عادة ما تكون بتوكيل الشركة محامي تتعامل معه بالوساطة بينه وبين المدين، تنتهي عادة إلى اتفاق نهائي بين الطرفين لأن ذلك يعتمد على سمعة المشتري المدين والمركز القانوني للشركة الوسيط، ولعل أساس الحل الودي هو عدم تعجل رجوع الشركة على المدين قبل حلول أجل الاستحقاق¹.

ومن هنا تبدو أهمية إخطار المدين بانتقال الحقوق إلى الوسيط، ليس فقط في قطع الطريق على المدين للإحتجاج بحسن نيته إذا أوفى لدائنه الأصلي، بل فيما تفرضه على المدين من واجب إعلام الوسيط بالشكوك التي تحيط بالحق².

غير أنه و إزاء خلو النصوص القانونية المنظمة لعقد تحويل الفاتورة من تقرير أي التزام على المدين بتبصير شركة الإئتمان بظروف الحقوق محل النقل وما يتهدد تحصيلها من أخطار، عمل الاجتهاد الفرنسي على البحث عن أساس لإلزام المدين بالتبصير لاسيما وأن هذا الالتزام يمكن الوسيط من الرجوع على المنتمي في الوقت المناسب وقبل شهر إفلاسه أو أن تعترضه صعوبات مالية من شأنها أن تجعل هذا الرجوع مستحيلا³.

وعلى كل فإنه وكقاعدة عامة فإن على المدين متى كان على علم بالحلول أن يوفي بقيمة الفواتير إلى الشركة الوسيط المحال لها، وبالمقابل قد نكون أمام فرضيتين:

- **الفرضية الأولى:** وهي أن الوسيط تقبل طلب المدين بتحديد أجل الوفاء إذا ما كان يعاني من صعوبات مالية، وفي هذه الحالة يتم الاتفاق مع المدين على أن يتحمل هذا الأخير حينئذ الفوائد الناجمة عن الفترة الزمنية الفاصلة بين الأجل القديم والأجل الجديد.
- **الفرضية الثانية:** وهي الحالة العكسية أي عندما يرفض الوسيط طلب المدين المتعلق بتمديد أجل الوفاء⁴.

¹ الكاهنة إرزيل: عقد تحويل الفاتورة والمؤسسة الاقتصادية، المرجع السابق، ص 13.

² بشير محمودي: المرجع السابق، ص 149.

³ هشام فضلي: المرجع السابق، ص 235.

⁴ هشام فضلي المرجع السابق: ص 183.

ثانيا: استعادة الحقوق عن طريق الحل القضائي:

إن اللجوء إلى القضاء لا يكون عادة إلا في حالة فشل الحل الودي وذلك باستخدام الإجراءات المعمول بها لرفع النزاعات ذات الصلة بتحصيل الديون، والشركة الوسيط عندما تقاضي المدين تستعين بذلك في وصفها دائنة ومستندة بجميع الضمانات والتأمينات التي تضمن الحق الذي حلت فيه، وعلى الوسيط مراقبة المدين حتى قبل حلول أجل الوفاء، بأن تتابع وضعيته المالية .

وقد عرض على القضاء الفرنسي قضية تتلخص وقائعها في قيام أحد الدائنين بنقل حقوقه الناتجة عن أعمال المقاول لشركة الوسيط ضمنا لما تلقاه منها من إئتمان بطريق الحل الإلتفائي، وكانت أعمال المقاول الأصلي محل المقاول من الباطن و مقبولة من المدين "رب العمل" وقامت الشركة الوسيط بإخطار رب العمل بحلها الإلتفائي محل المقاول الأصلي في حقوقه تجاهه، إلا أن المدين لم يعلمها بوجود مقاوله من الباطن والتي من شأنها أن تهدد تحصيل حقه.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى تقرير مسؤولية رب العمل والذي لم يعلم الوسيط بوجود مقاوله من الباطن تهدد تحصيله للحق، إذ للمقاول من الباطن حق الرجوع على هذا المدين في حالة عدم وفاء المقاول الأصلي بقيمة الحقوق الناتجة عن أعمال المقاوله من الباطن¹.

فتقدير هذا الحكم يكمن في بحث الحكمة التي حذت بالمشرع الفرنسي إلى استلزام إجراءات إعلان لسريان الحق في مواجهة المدين ذلك أن تقرير عدم التزام المدين بالإعلام يهدد فكرة السريان ذاتها، فإرتباط السريان بإنجاز شكل من أشكال الإعلان يعني انصراف نية المشرع الفرنسي إلى حماية الغير من الآثار السيئة للتصرف في ذاته ولن يتأتى ذلك إلا إذا قام المدين بإحاطة الغير بوضع الحق كما هو الحال بالنسبة للشركة الوسيط.

كما عرضت على القضاء الفرنسي قضية تتعلق بمدى إلتزام المدين بإعلام الوسيط بوضعيته المالية السيئة، أي هل هو ملزم إتجاه الوسيط بإعلامها بوضعيته المالية السيئة؟ وقضت محكمة النقض الفرنسية بإبطال القرار المؤرخ في 1995/10/27 الذي حكم بمسؤولية المدين المحال

¹ المرجع نفسه: ص 237.

عليه في إطار عقد تحويل الفاتورة لأنه لم يخطر الوسيط بأنه في حالة تسوية قضائية، وبالتالي فوت عليها فرصة التصريح بحقوقه في الآجال القانونية، وبالتالي فالمدين غير ملزم بإخطار الدائن بوضعيته المالية السيئة وعلى الوسيط كغيره من الدائنين السهر للمحافظة على حقوقه بالتصريح بما قبل انقضاء الآجال القانونية الذي يتبع إشهار الحكم بالإفلاس، فعدم احترام هذا الالتزام يقع على عاتق الدائن، وبهذا يكون مجلس القضاء الفرنسي قد خرق أحكام المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي¹.

الفرع الثاني: مخاطر إسترداد الإئتمان

تنتقل الديون التجارية موضوع عقد تحويل الفاتورة إلى الشركة الوسيط بما تتمتع به من ضمانات لضمان استيفائها وكذلك ما يرد عليها من دفع، وتعتبر هذه القواعد تطبيقاً لمبدأ الحلول ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن وهذا يعطي المدين حق الإدلاء في مواجهة الوسيط ببعض الدفع التي كان له الإدلاء بها في مواجهة المنتمي.

غير أن مخاطر إسترداد الإئتمان لا تقتصر على الدفع التي يديها المدين للتخلص من مطالبة الوسيط، بل تمتد كذلك إلى الحالات التي يزاحم فيها الغير الوسيط بإدعائه الأفضلية في اقتضائه الحق من المدين.

تبعاً لذلك سنحاول إدراج بعض الحالات وهي على سبيل المثال لا الحصر والتي درج لها القضاء الفرنسي.

وتفصيلاً لما سبق سنبحث فيما يلي:

¹ وتلخص وقائع هذه القضية فيما يلي:

قامت شركة F.F.Heller باعتبارها شركة وسيط محال لها حقوق شركة سات إنترنم باعتبارها محيل بطلب الوفاء إنجاه شركة جوليان اليكتريسيتي بقية هذه الحقوق وكانت هذه الأخيرة قد تعرضت لتسوية قضائية دون أن تعلم شركة فاكنتو فرونس هيلر بذلك وصدر بعد ذلك حكم شهر إفلاسها، رفعت هذه الأخيرة دعوى ضد مسير شركة جوليان اليكتريسيتي من جراء انقضاء مهلة التصريح بالحقوق وقد حكمت محكمة باريس في حكمها المؤرخ في 1995/10/27 بمسؤولية الشركة المدينة جوليان اليكتريسيتي بعدم إخطارها لشركة فاكنتو فرونس هيلر بحالة إفلاسها. وقد رد مسير الشركة المدينة بأنه لا يوجد ما يلزمه بإخطار الدائن بحالة إفلاسه وبأن شركة فاكنتو فرانس هيلر مثلها مثل بقية الدائنين عليها السهر للمحافظة على حقوقها وذلك بالتصريح بحقوقها قبل انقضاء الأجل القانوني الذي يتبع إشهار حكم الإفلاس، وبهذا تكون محكمة الاستئناف قد خرقت القانون .

بشير محمودي : المرجع السابق، ص 121-122.

أولاً : دفع المدين في مواجهة الشركة الوسيط .

ثانياً: تراحم الوسيط مع الغير لإسترداد الإئتمان .

أولاً : دفع المدين في مواجهة الشركة الوسيط

إذا كانت الشركة الوسيط لا تحرص على بيان حالات عدم تنفيذ المدين لإلتزامه التعاقدية والتي يغطيها الإلتزام بالضمان إكتفاء بالنص على أن الضمان يغطي تخلف المدين عن الوفاء الراجع إلى مركزه المالي، فإنها على العكس تشدد على بيان حالات الإعفاء من الضمان، بيد أن هذه الحالات هي على سبيل المثال لا الحصر ، ولذلك نجد العقود النموذجية للعقد تنص على بيان هذه الحالات، وهذه الحالات تشكل في حد ذاتها دفوعاً بالنسبة للمدين يمكن له أن يتمسك بها في مواجهة الوسيط.، ومن هذه الحالات نذكر على سبيل المثال:

1: الامتناع الراجع إلى خطأ المنتمي

إن عدم تنفيذ المدين لإلتزامه التعاقدية بالوفاء يمكن أن يكون راجعاً إلى المنتمي وفي هذه الحالة فإن القانون يزوده بالآليات القائمة على ارتباط الإلتزامات ومن بينهما: الدفع بعدم التنفيذ¹ ، وفسخ العقد² ،

وتحديد طبيعة خطأ المنتمي لا يثير أي صعوبة، فالمنتمي يكون مرتبطة تعاقدية مع المدين ويمكن الرجوع إلى نصوص القانون وشروط العقد لرصد هذا الخطأ³، ففي عقد البيع مثلاً يلزم المنتمي بوضع المبيع تحت تصرف المشتري (المدين) بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به وهو ما نصت عليه المادة 367 ق.م.ج ، كما يلزم البائع بتسليم المبيع المشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع (المادة 364 ق.م.ج) فضلاً عن ما يقرره القانون من ضرورة امتناع البائع عن كل ما من شأنه حرمان المشتري من سلطانه على المبيع والانتفاع به والتزامه بدفع تعرض الغير للمشتري.

¹ انظر المادة 123 من ق م ج

² انظر المواد 119، 121 المرجع نفسه

³ هشام فضلي: المرجع السابق، ص 109.

فإذا أحل المنتمي بالتزاماتها فإن الفسخ يعتبر جزءا من إخلال المنتمي لإلتزاماته الذي يفرضه العقد سواء كان الفسخ بحكم القضاء أو كان فسحا إتفاقيا أو فسحا بحكم القانون، هذا ويكون للمدين أيضا وقف تنفيذ التزاماته إذا لم تقم المنتمي بتنفيذ ما إلتزمت به وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ¹.

ومن ثم فإن مبررات هذه الدفوع في هذه الحالة تتعلق بالحفاظ على توازن العلاقة القانونية التعاقدية الأساسية الملزمة للجانبين، كما أن حرمان المدين من الدفع بها يؤدي إلى إهدار الضمانات الجوهرية للعقد²، فإذا لم ينفذ المنتمي التزاماته تجاه مدينيه، فلا يقوم الضمان ولا يجوز له أن يستفيد من خطئه وإلا أصبح عقد الضمان أداة لإثرائه بلا سبب وليس أداة لحماية من مخاطر تخلف المدين على الوفاء.

وقد تعرضت محكمة الإستئناف الفرنسية لدفع أبدأه أحد المدينين في مواجهة الشركة الوسيط، طلب بموجبه فسخ عقد البيع الآلي كان يربطه بالمنتمي الدائن الأصلي بسبب عيب خفي في المبيع. وقد رفضت محكمة الاستئناف ذلك الدفع استنادا لسببين:

● **السبب الأول:** هو أن المدين أدلى بذلك الدفع بعد مرور ست سنوات على إبرام العقد وانقضائه بالتقادم بعد مرور مدة التقادم.

● **السبب الثاني:** هو انه لا يجوز للمدين الإدلاء بذلك الدفع إلا في مواجهة الدائن الأصلي الذي تعاقد معه.

وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية موقف محكمة الاستئناف جهة السبب الأول بمرور مدة التقادم على الدفع بفسخ العقد، لكنها انتقدت السبب الثاني معتبرة أنه يجوز للمدين الإدلاء بمثل هذا الدفع في مواجهة الشركة الوسيط لأنه يتعلق بالعقد الناشئ عن الدين المطالب بدفعه³.

¹ محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 262.

² نادر عبد العزيز شافي: المرجع السابق، ص 294-295.

³ نادر عبد العزيز شافي: المرجع السابق، ص 288.

وعلى خلاف ذلك نجد الفقرة الأولى من المادة 2 من اتفاقية أوتاوا لعام 1988 تنص على عدم سريان شروط الاتفاقية في مواجهة الوسيط في مجال التجارة الدولية رغم الشرط المانع لها في العقد الأساسي دون أن تنص على بطلان تلك الشروط.

2: الإمتناع الراجع إلى غش المنتمي :

إن قيام الشركة الوسيط بمنح الائتمان للمنتمي بضمان حقوقها لدى الغير وقبل حلول أجل الإستحقاق، قد يدفع المنتمي في بعض الأحيان إلى اصطناع فواتير وهمية أو القيام بطرق إحتيالية أو تدليسية من شأنها أن توهم الوسيط بوجود عقد صحيح بينها وبين المشتري¹، فإذا ما رجعت الشركة الوسيط على المدين دفع هذا الأخير بغش المنتمي لعدم وجود الحق أصلا، ففي هذه الحالة لا يقوم إلتزام الوسيط بالضمان حتى في غياب النص على ذلك في العقد². وبالمفهوم المعاكس فإنه تقوم مسؤولية المدين إذا ما تواطأ مع المنتمي في خلق هذه الفواتير المزورة أو إذا علم بها ولم يخاطر الشركة الوسيط بحقيقة الحق المنقول عقب إعلانه به.

هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنه تقوم مسؤولية المنتمي عندما تجدد الشركة الوسيط نفسها في تنازع مع بنك أو وسيط آخر، وهذه الحالة من التنازع تتحقق عندما يقوم المنتمي سواء كانت حسن النية أو سيئ النية بالتنازل عن الحق إلى مؤسستين ماليتين أو أكثر، وقد إستند المشرع الفرنسي لبيان هذه الحالة على نص المادة 1240 ق.م.ف والتي تقابلها المادة 268 ق.م.ج والتي تنص على أنه يكون الوفاء بحسن نية إلى حائز الدين صحيحا حتى ولو نزعته حيازته في وقت لاحق فالمدين قد نفذ التزامه بالوفاء متى كان حسن النية إلى الحائز للحق باعتباره صاحب الحق الظاهر³. وهنا تظهر أهمية التبليغ في عقد الحلول حتى لا تكون فرصة للمدين بعدم علمه بالحلول .

3: - الامتناع الراجع إلى الحق بذاته.

¹ محمد الطاهر بلعيساوي : المرجع السابق، ص 271.

² L . Bancal et CH.lagell, charrelette op cit, p 65.

³ بشير محمودي : المرجع السابق، ص 147.

ويقصد بهذا النوع من الدفع، تلك الدفع الناشئة عن العلاقة الأساسية بين المدين و المنتمي التي تولد عنها الدين موضوع العقد، وهنا نتساءل عن اصطدام أحكام القانونين التجاري والمدني، فالمشعر الجزائري قام بإدراج عقد تحويل الفاتورة ضمن الباب المتعلق بتنظيم السندات التجارية *effet de commerce* معتبرا بذلك أن عقد تحويل الفاتورة سند تجاري، وكما هو معلوم فإن قانون الصرف يخول لحامل السند التجاري مميزات عديدة، فتظهير السند التجاري له يمكنه إذا كان حسن النية من الاستفادة من قاعدة عدم الاحتجاج بالدفع في علاقته مع المسحوب عليه أي قاعدة تطهير الدفع، ويعد هذا المبدأ من بين أهم الأسس التي يقوم عليها قانون الصرف والمميز الأساسي لهذا الالتزام الناتج عن السند كما أنه أهم نتيجة ترتبت عن مبدأ إستقلالية التوقيعات¹.

فلو أن التزام الساحب كان باطلا لسبب من أسباب البطلان، فإنه لا أثر لهذا البطلان على الالتزامات الأخرى بل يقتصر هذا البطلان على العلاقة المباشرة بين الساحب والمستفيد دون أن يطل باقي الالتزامات فيكون المسحوب عليه الموقع القبول، ملزما بالوفاء بالسفحة بالرغم من بطلان العلاقة بين الساحب والمستفيد، وهذا يعني أن السند التجاري مستقل بمجرد إنشائه عن العلاقات الأساسية التي حرر من أجلها²، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنه وفي حالة عدم قبول المسحوب عليه الوفاء بقيمة السند عند حلول أجل الاستحقاق فيبقى للمستفيد الرجوع على الساحب.

فالملاحظ إذا هو إزدواجية صفة الوسيط في مواجهة المدين فهل هي محال لها يجوز للمدين أن يحتج في مواجهتها بكافة الدفع المتعلقة بالحق التجاري المنقول والناشئة قبل انتقال الحق أم أن قانون الصرف يستر علاقة القانون المدني ويحول للوسيط امتيازات تتعلق بمبدأ تجريد الالتزام الصرفي؟.

إجابة هذا السؤال على قدر كبير من الأهمية ولاسيما أن هناك تعارض بين تطبيق أحكام قانون الصرف وتطبيق الأحكام المنظمة لعقد تحويل الفاتورة، فوفقا لأحكام قانون الصرف يكون

¹ نادية فضيل: الاوراق التجارية في القانون الجزائري دار هومة، الجزائر، 2002، ص 125

² محمد الطاهر بلعيساوي : المرجع السابق، ص 13.

كل من الساحب والمظهرين المتعاقبين ضامنين الوفاء بقيمة السند التجاري في مواجهة حاملها، في حين أن جوهر عقد تحويل الفاتورة يتمثل في التزام الوسيط بعدم الرجوع على عميلها في حالة فشلها في تحصيل الحقوق التجارية وتحملها تبعة عدم التسديد، فهذه الازدواجية يتعذر إعمالها معاً.

فإذا رجعنا إلى القاعدة العامة وهي قاعدة "الخاص يقيد العام" في هذه الحالة فإنه من المنطقي أن يكون لأحكام القانون التجاري أولوية في التطبيق في نطاق المعاملات التجارية على سواها، لكن يبقى الإشكال المطروح بين قواعد قانون الصرف والأحكام المنظمة لعقد تحويل الفاتورة ذلك أن قواعد هذا الأخير تتعارض في حد ذاتها مع قواعد قانون الصرف، لذلك كان على المشرع الجزائري إدراج هذا العقد ضمن أحكام مستقلة عن القواعد المنظمة للسندات التجارية.

هذا ومن الدفع التي يمكن للمدين أن يدفع بها في مواجهة الشركة الوسيط الدفع المتعلقة بعمل لاحق على العمل القانوني المنشئ للمدين، ويتعلق الأمر بحالة انقضاء الحق لسبق لوفاء به أو التقادم أو اتحاد الذمة أو المقاصة أو الإبراء... أو غير ذلك من أسباب الانقضاء، وسواء كان الانقضاء سابقاً على صدور العقد أو تالياً له، مادام أن الحق قد انقضى قبل إعلان أو إخطار المدين بانتقاله.

أما إذا كانت الدفع ناشئة عن إيفاء الدين موضوع العقد للدائن الأصلي فإن رجوع الوسيط على المدين وقيام هذا الأخير بالدفع في مواجهتها بسبق الوفاء بالدين إلى المنتمي، فهنا يقتضي الأمر التمييز بين حالتين:

● **الحالة الأولى:** وفاء المدين قبل علمه بانتقال ملكية الدين إلى الشركة الوسيط.

● **الحالة الثانية:** وفاء المدين بعد علمه بذلك الانتقال¹.

وقد اعتبر الاجتهاد القضائي الفرنسي أنه يحق للمدين أن يحتج بهذا الدفع إذا كان الوفاء قد حصل قبل علمه بانتقال الدين إلى الوسيط، أما بعد ذلك العلم فلا يجوز للمدين الوفاء إلى

¹ نادر عبد العزيز شاتي: المرجع السابق، ص 290.

المنتمي ويمنع عليه أن يقوم بالوفاء لغير الوسيط ولا يكون ذلك الوفاء مبرراً لذمته، وفي حالة ما إذا أقدم المدين على الوفاء للدائن الأصلي رغم علمه بانتقال الحق بموجب عقد تحويل الفاتورة، فهنا يتم إجباره على الوفاء به مرة ثانية إلى الوسيط¹.

ثانياً: مزاحمة الغير للوسيط في استرداد الائتمان.

الأصل أن عقد البيع من العقود الفورية التنفيذ حين يتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية والالتزام بدفع الثمن فور إبرام العقد² إلا إن حاجة المعاملات قد تضطر المشتري إلى إرجاء الوفاء بكل أو بعض الثمن الأمر الذي يضيف على البيع صفة ائتمانية تحمل في طياتها مخاطر معينة بالنسبة لحق البائع في الثمن، لذلك فإنه وحماية للبائع من خطر عدم دفع المشتري للثمن لسبب ما، اعتاد البائعون وخاصة في بيع المنقولات الاتفاق على احتفاظ البائع المالك بملكية الشيء المبيع حتى يدفع المشتري الثمن بكامله أو حتى الوفاء بآخر قسط من الثمن المتفق عليه، وهذا ما يعرف بالبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية، وقد نص عليه المشرع الجزائري بموجب المادة 363 ق.م.ج بنصها على أنه "إذا كان ثمن البيع مؤجلاً جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوف على دفع الثمن كله، ولو تم تسليم الشيء المبيع.

- فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءاً منه على سبيل التفويض في حالة ما إذا وقع فسخ للبيع بسبب عدم استيفاء جميع الأقساط ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف أن ينخفض التعويض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة 224³.
- وإذا أوفى المشتري جميع الأقساط يعتبر أنه يملك الشيء المبيع من يوم البيع".

إذا بالرجوع إلى نص المادة يمكن أن نستنتج أنه ولصحة هذا الشرط فإنه يجب أن يكون محل اتفاق بين طرفي العقد، وعليه فلا أثر لهذا الشرط عندما يكون معلناً بشكل انفرادي من

¹ المرجع نفسه، ص 291.

² الملكية في العقار لا تنتقل إلا بإتباع إجراءات الشهر (م 793 ق.م.ج)

³ م 224 ق.م.ج "يترتب على تجديد الدين بين الدائن واحد المدينين المتضامنين تبرئة ذمة باقي المدينين، إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم".

قبل البائع، أما عن الوقت الذي يجب أن يتم فيه مثل هذا الاتفاق فالأصل ان يكون محل اتفاق وقت انعقاد العقد¹.

إذا ففعالية الدور التأميني لشرط الاحتفاظ بالملكية يتمثل في استعمال هذا الشرط كوسيلة للضغط على المشتري وحمله على تنفيذ التزامه، وبعبارة أخرى فإن هذا الشرط يلعب دورا هاما في حث المشتري على السداد كي يتحرر من القيود المفروضة عليه في الانتفاع والتصرف في المبيع، كأن يتصرف فيه قبل أن تنتقل إليه الملكية ومن ذلك تصرف المدين (المشتري) في المبيع في مواجهة الشركة الوسيط، فالشركة الوسيط هنا تكون في حالة تنازع مع دائي المنتمي، وهو البائع تحت شرط الاحتفاظ بالملكية، فيشرع في الحجز على حقه من ثمن البيع الثاني للبضاعة التي تملك الشركة الوسيط حقتها في فواتير، وهي من الصور الشائعة لمزاومة الغير للشركة الوسيط في استرداد الائتمان من المدين، ولتوضيح هذه المسألة نطرح وقائع القضية التالية:

باع أحد الموردين (أ) لأحد المشتريين (المؤسسة) (ب) عددا من أجهزة وتضمن عقد البيع احتفاظ البائع (أ) بملكية تلك الأجهزة إلى حين وفاء المشتري (ب) بحقه كاملا.

ورغم ذلك القيد باع المشتري (المؤسسة) (ب) تلك الأجهزة إلى مشتري ثان (ج) استنادا إلى قاعدة أن الحيازة في المنقول سند الملكية على أن يقوم هذا الأخير بتسديد ثمنها بموجب فواتير دين ثم قام المشتري الأول (ب) ببيع الديون الناتجة عن البيع الثاني للشركة الوسيط (د) بموجب عقد تحويل الفاتورة.

تخلف المشتري الأول (المؤسسة) (ب) عن تسديد ثمن تلك الأجهزة للبائع الأول (أ) فقام هذا الأخير بالرجوع على المشتري (ج) فيما هو مستحق في ذمته لمصلحة المشتري الأول (ب) بموجب دعوى استرداد الثمن لكن هذا الرجوع اصطدم بـرجوع الوسيط (د) على المشتري الثاني (ج) كما أن رجوع البائع الأول (أ) والوسيط (د) وقع على ذات الدين المترتب في ذمة المشتري الثاني (ج) لمصلحة المشتري الأول (ب)

¹ حمزة شرابن: المرجع السابق، ص 135.

إذا فهذه الصورة الدقيقة تفترض قيام المؤسسة ببيع البضائع المحتفظ بملكيتها قبل إيفاء ثمنها إلى البائع ثم نقلها لحقها في الثمن قبل المشتري الثاني بواسطة الشركة الوسيط.، وليبان لمن تعود الأفضلية سندرج موقف كل من المشرع الفرنسي والمصري و الجزائري على النحو التالي:

1 - موقف المشرع الفرنسي:

حاول المشرع الفرنسي إيجاد حل لهذه المعادلة وذلك في القانون رقم 536/67 المؤرخ في 13 جويلية 1967 وكذا القانون رقم 198/85 المؤرخ في 25 جانفي 1985 المتعلق بالقانون المدني الفرنسي، حيث يمنح الوسيط الحق في إسترداد كل أو جزء من ثمن الشيء المباع للمشتري الثاني الذي لم يف به بعد المشتري الأول أو لم تتم بعد مقاصة في حساب جاري بين المشتري الثاني والمشتري الأول.

ويستخلص من نصوص القوانين أن المشرع الفرنسي أراد حماية البائع تحت شرط الاحتفاظ بالملكية لأنه من المتفق عليه أن المشتري الأول (المؤسسة) ليس مالكا للبضاعة رغم إبرام عقد البيع، وعليه فإنه لا يجوز له أن يعيد بيعه للغير إلا أن هذا البيع الثاني ورغم الاحتفاظ بملكية المبيع فإنه يسري في مواجهة البائع الأصلي بموجب قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، فمبدأ عدم سريان عقد البيع الثاني في مواجهة البيع الأصلي يتعطل لمصلحة المشتري الثاني والذي يفترض في حسن نيته، وهذا لعدم وجود نص تشريعي يلزم بإشهار الشرط، ثم أن المشتري الأول بصفته حائز فعلي للشيء المباع يمكنه في أي لحظة أن يتصرف فيه للغير، ولا يكشف عن وجود الشرط المقرر لمصلحة البائع الأصلي¹، ويترب على ذلك أن البائع لا يستطيع استرداد الشيء المباع من المشتري الثاني حتى ولو تم فسخ عقد البيع الأول المتضمن للشرط ما لم يكن هذا الأخير سيء النية، وعلى هذا الأساس فإن المشرع الفرنسي أعطى الحماية القانونية اللازمة للبائع تحت شرط الاحتفاظ بالملكية².

هذا وإذا كان المشرع الفرنسي قد أعطى الحماية القانونية للبائع تحت شرط الاحتفاظ بالملكية أي انه قرر حق البائع الأصلي في طلب الثمن من المشتري الثاني (المتصرف إليه) فهل

¹ هشام فضلي: المرجع السابق، ص 260.

² نادر عبد العزيز شاتي: المرجع السابق، ص 301.

يتعلق الأمر بالثمن الخاص بالبيع الأول أم بالبيع الثاني؟ وبعبارة أخرى هل يتعلق حق البائع الأصلي بالثمن المستحق في ذمة المشتري الأول أو بالثمن المستحق في ذمة المشتري الثاني؟

لا تتور صعوبة في حالة ما إذا كان الثمن هو نفس المقدار في الصورتين، أما إذا كان الثمن في البيع الثاني أقل من الثمن في البيع الأول، لم يكن من حق البائع الأصلي سوى المطالبة بالثمن المستحق في ذمة المشتري الثاني ويمكنه الرجوع على المشتري الأول بفارق الثمن أو الدخول ضمن جماعة دائنيه في حالة إفلاسه، أما إذا كان الثمن في البيع الثاني يفوق الثمن في البيع الأول وهذه هي الصورة الغالبة، فقد قررت محكمة النقض الفرنسية في حكم مؤرخ في 15 جانفي 1991 أن الثمن يجل محل البضاعة وليس للبائع الأصلي سوى المطالبة بالثمن المحدد في عقد البيع الذي أبرمه مع المشتري الأول، وتدخل الزيادة في الذمة المالية لهذا الأخير أي أن البائع يحصل على ما هو مستحق له دون هامش الربح لأن شرط الاحتفاظ بالملكية ليس سوى ضمانته لإستيفاء الثمن¹.

2 - موقف المشرع المصري:

حاول المشرع المصري تفعيل دور هذا الضمان، ذلك أن قانون التجارة المصري قرر نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية في حق المتصرف إليه بشرط ثبوت ذلك الشرط كتابة بتاريخ ثابت وسابق على هذا الحق، وعليه فإذا قام المشتري بالتصرف في المبيع إلى الغير فإن هذا التصرف لا ينفذ في حق البائع الذي احتفظ بملكية المبيع، وذلك دون الحاجة إلى تكليفه بإثبات علم المتصرف إليه وقت إجراء التصرف لعدم وفاء المشتري للثمن بأكمله ذلك أن شرط الاحتفاظ بالملكية يسري في مواجهة المتصرف إليه طالما كان ثابت التاريخ في وقت سابق على إجراء التصرف بغض النظر عن حسن أو سوء نيته أي أنه لا يمكن التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية².

3 - موقف المشرع الجزائري:

¹ محمد حسين منصور: شرط الاحتفاظ بالملكية في بيع المنقول المادي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1982، ص 168.

² حمزة شرابن: المرجع السابق، ص 136-137.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإن عدم وضع قواعد خاصة تنظم شرط الإحتفاظ بالملكية يجعلنا بل يفرض علينا تطبيق القواعد العامة سيما منها ما يتعلق ببيع ملك الغير (المواد 397-398-399 ق.م.ج) الأمر الذي يدفعنا إلى محاولة التقرب من المسألة في التشريع المقارن بالرغم من أن المشرع الجزائري جعل فعالية هذا الشرط تظهر بشكل جلي ضمن أحكام عقد الإعتقاد الإيجاري ضمن المادة¹ 22 من الأمر رقم 09/96 المتعلق بالاعتقاد الإيجاري، حيث يتضح من نص المادة 22 منه أن إحتفاظ المؤجر بملكية الأصل يشكل ضمانا لها لا في مواجهة الإجراءات الجماعية المتخذة من طرف دائني المستأجر في إطار الإفلاس أو التسوية القضائية، حيث أن العين المؤجرة لا تخضع لأي متابعة، لكن يبقى تطبيق هذا القاعدة مقتصر من حيث مجال التطبيق على عقد الاعتقاد الإيجاري لذا نأمل أن يذهب المشرع الجزائري إلى تعميم هذه القاعدة حتى يجعل من هذا الشرط ضمانا فعالا على غرار التشريع الفرنسي الذي عرف تقدما كبيرا في هذا المجال .

ملخص الفصل الثاني

تجنبنا لدراء المخاطر فإن الشركة الوسيط لا تتعامل مع العملاء (المنتمي و المدين) إلا وفق معايير معينة تضعها سلفا تتيقن معها بعد دراسة مستفيضة لأوضاع المنتمي ومراكز مدينيه، فهي لا تكتفي بأن يكون المنتمي أميناً يملك مؤسسة غير معرضة لمشاكل مالية أو خطر الإفلاس، وإنما

¹ المادة 22" في حالة عدم قدرة المستأجر على الوفاء تم إثباتها قانونا من خلال عدم دفع بقسط واحد من الإيجار ، وفي حالة حل التراضي أو قضائي أو تسوية قضائية أو إفلاس المستأجر لا يخضع الأصل المؤجر لأية متابعة من دائني المستأجر العاديين أو الامتيازيين مهما كان وضعهم القانوني وصفتهم سواء أخذوا بعين الاعتبار بصفة فردية أو على شكل كتلة في إطار إجراء قضائي جماعي".

تختار زبائنها بعد تحريات واسعة عن ملاءمتهم وأمانتهم ، غير أن الوسيط وإن كان لها حرية اختيار عملائها وفق معايير الإستحقاق الخاصة بالمتنمي كسلامة الهيكل الإداري والمالي و مدى قدرته على النمو و الدين.

يخطر المدين بانتقال الحقوق التجارية من المتنمي إلى الشركة الوسيط وإن كان لا يشكل شرطاً لنفاذ الحلول إلا أنه يمثل التزاماً عقدياً للمتنمي بحيث تنعقد مسؤوليته العقدية. كما يلتزم المتنمي بأن يدلي للشركة الوسيط بكافة البيانات والمعلومات المتعلقة بالحق المنقول وبمركزه المالي، ويبلغ المدين فوراً بنقل حقوق الديون التجارية إلى الوسيط . كما أن المقابل الذي تتقاضاه الشركة الوسيط من عميلها نظير الخدمات التي تقدمها يعد من العناصر الرئيسية لعقد تحويل الفاتورة بإعتباره من عقود المعاوضة.

تلجأ الشركة الوسيط إلى نظام التأمينات الشخصية أو العينية حتى تتجنب مخاطر الضمان العام وعدم كفايته، وتتقاضى عمولتها مقابل خدماتها التي تقدمها للمتنمي بموجب عقد تحويل الفاتورة، ويعتبر إلتزام الوسيط بضمان عدم الرجوع على المتنمي ، و بتقديم الخدمات الملحقمة من أهم الشروط التي تميز عقد تحويل الفاتورة .

إن رجوع الشركة الوسيط على المدين لاسترداد الائتمان بمقتضى انتقال الحق إليها وإن كان يدرأ عنه مخاطر عديدة، فيما لو لجأت للتأمينات بمعناها القانوني ويعفيها من الأشكال المتطلبة لإنشاء وسريان هذه التأمينات ، فإنه لا يجنبها دفع المدين المتعلقة بالحق المنقول، فتكون عملية الاسترداد التي قد تأخذ شكلها الرضائي بالرجوع مباشرة على المدين، أو أن تطالب المدين وتقاضيه مباشرة بصفتها دائنة مستعينة بكافة الضمانات التي تضمن لها استرداد مبلغ الائتمان.

الخاتمة

تبين لنا من خلال هذه الدراسة أهمية عقد تحويل الفاتورة لسد حاجة المؤسسات لاسيما الصغيرة و المتوسطة إلى التمويل ومساعدتها على مجابهة تحصيل ديونها التجارية المترتبة في ذمة مدينيها، ووفقا لهذه المعطيات ظهر الإئتمان في قالب خاص يراعي مصالح أطراف العقد فكانت لعقد تحويل الفاتورة خصائص منفردة والتي تشكل نتائج بحثنا.

1 - الطبيعة الحديثة لعقد تحويل الفاتورة، فهو نتاج تطور الفكر القانوني الذي أدى إلى بروز قوالب عقدية تنسجم مع التطورات الحاصلة في المجال الإقتصادي وهذا التلازم بين تطور الفكر الإقتصادي والفكر القانون أدى إلى بروز عقد تحويل الفاتورة في شكله الحالي ضمن ما يسمى بعقود الأعمال.

2 - عقد تحويل الفاتورة هو مزيج مركب بين عدة عقود: عقد الكفالة، عقد خصم الاوراق التجارية... إلا أن له خصوصياته وسماته التي تميزه عن غيره من العقود المشابهة فهو مزيج مركب بين عدة عقود ليتشكل في الأخير حسب معطيات المشكلة المنوط علاجها بما يعرف بالإتفاق الإطار « Convention Cadre ».

3- إختلاف النظم القانونية للعقد أدى إلى إختلاف أساسه القانوني ، وحسنا فعل المشرع الجزائري بتبنيه الحول الاتفاقي كإطار قانوني لعقد تحويل الفاتورة، خاصة أن هذا الحلول يكون ساترا لعملية قانونية تحوي كافة العناصر اللازمة لعقد الإئتمان، فهو شكل منفرد للإئتمان لأن العادة جرت أن ينفصل إتفاق منح الإئتمان و ضمان في عقود الإئتمان الأخرى ويتعلق الأمر هنا باسترداد الإئتمان.

4- لا يقوم الإئتمان في غياب الضمان الذي تأمن معه المؤسسة من مخاطر الإسترداد، والضمان الذي تلجأ إليه الشركة الوسيط لمنح الإئتمان بل يبتعد عن أن يكون ضمانا بالمعنى القانوني " التأمينات" فهو ضمان بالمعنى الإقتصادي يقتضي انتقال حقوق المؤسسة الإقتصادية متلقية

الإئتمان إليها، وهو أقوى ضمان يعرفه النظام القانوني تستطيع بموجبه الشركة الوسيط الرجوع على مديني المؤسسة لإسترداد الإئتمان دون مزاحمة أصحاب التأمينات والرهن الأخرى فيما لو لجأت إلى التأمينات بمعناها التقليدي.

5- يضمن عقد تحويل الفاتورة بصورة لا تدع مجالاً للشك حصول المؤسسة على ديونها التجارية لدى مدينيها، ويتم ذلك عن طريق تجنب المخاطر التجارية سواء كان ذلك تخلفهم في الوفاء بغير وجه حق أو حدوث تذبذب غير محسوب في مراكزهم المالية، وهذا الضمان الذي يقدمه عقد تحويل الفاتورة يتمثل في ضمان عدم الرجوع الشركة الوسيط على المؤسسة الإقتصادية، في حالة فشلها في تحصيل الحقوق التجارية من مديني المؤسسة

6- يساهم العقد في تقديم خدمات ضرورية للمؤسسة لغرض تسهيل ممارسة نشاطها، سواء من خلال تزويدها بالمعلومات الكافية عن العملاء المدينين أو الأسواق التي ترغب في ممارسة نشاطها فيها والتي تجنبها المعاملات التي تنطوي على نسبة عالية من المخاطر، كما يقع على عاتق الشركة الوسيط مسؤولية إدارية ومحاسبية بغية تسيير ممارسة المؤسسة لنشاطاتها وفسح المجال لها للتفرغ للإدارة الفنية، كما يضطلع العقد بتقديم الخدمات الملحقه بالعملية الائتمانية كتحويل فواتير المؤسسة المثبتة في فواتير غير مقبولة بمقتضى الوكالة العادية.

7- بالرغم من أن دراستنا للعقد كانت تركز على نوع معين من العقد وهو العقد الداخلي دون حق الرجوع، إلا أن هذا لا يمنعنا إلى أن نشير إلى أهمية تحويل عقد الفاتورة الدولي الذي من شأنه أن يقي المصدر من مخاطر الإئتمان عبر الحدود ويجعل من السهل عليه الحصول بتمويل رأس المال بضمان المبيعات الآجلة، كما يغنيه عن التعرض لمشاكل الإختلاف في اللغة والقوانين ومراقبة التغير في أسعار العملات... وغير ذلك من أعباء ينوء بها المصدر الصغير وهذا من شأنه أن يفتح المزيد من الأسواق أمام المصدر .

أما بالنسبة للجزائر فقد تبنت عقد تحويل الفاتورة منذ سنة 1993 ومنذ ذلك التاريخ إلى يومنا هذا لم يجد هذا العقد طريقاً إلى التطبيق، فلم يتم تأهيل أي شركة للقيام بهذه العملية و من

ثم فإننا أمام معاناة تفرض نفسها ألا وهي بقاء الأحكام القانونية الواردة في القانون التجاري والنص التطبيقي له حبرا على ورق، أي عدم تعدي النظام القانوني لعقد تحويل الفاتورة حدود النص إلى التجربة الميدانية، وهذا أمر نتأسف له.

فالنظام القانوني لعقد تحويل الفاتورة تنقصه الدقة القانونية وتعود أسباب عدم فعاليته في الجزائر إلى وجود ثغرات قانونية فيه تجعله صعب التطبيق وهذه الثغرات على نوعين: ثغرات شكلية وأخرى موضوعية.

أولا: الثغرات الشكلية.

إن أحد أسباب فشل تطبيق عقد تحويل الفاتورة تعود إلى تشتت النظام القانوني للعقد بين القانون التجاري والمرسوم التنفيذي رقم 95-333 والمتعلق بشروط تأهيل الشركات التي تمارس تحويل الفواتير، ومن نتائج ذلك نجد:

- 1- بالعودة إلى المرسوم التشريعي رقم 93-08 المعدل والمتمم للقانون التجاري، نلاحظ أن المشرع الجزائري خصص للعقد خمس مواد فقط أي المواد من 543 مكرر 14 إلى 543 مكرر 18 وهي لا تكفي في أي حال من الأحوال لتنظيم عقد مركب في عقد تحويل الفاتورة.
- 2- التناقض في التسمية بين النص باللغة العربية والنص باللغة الفرنسية، فالمواد من 543 مكرر 14 إلى 543 مكرر 18 جاءت تحت عنوان "عقد تحويل الفاتورة" في حين أنها وردت في الترجمة باللغة الفرنسية تحت عنوان « Du Factoring »، فالتسمية التي منحها المشرع غير صائبة لأن قوام عقد تحويل الفاتورة لا يقتصر على مجرد تحويل فاتورة مثبتة للحقوق التجارية بين المنتمي و مدينه الى الشركة الوسيط ، بل إن اثر العقد يمتد ليشمل حزمة خدمات تعنى بإدارة المديونيات، وبالتالي نجد عدم تطابق تسمية العقد نفسه مع حقيقته القانونية وعدم استغراق التسمية لكامل مدلولات العقد

3- ظهور تناقض في استعمال المصطلحات بين المرسوم التشريعي رقم 93-08 والمرسوم التنفيذي رقم 95-331، فقد استعمل المشرع في المرسوم التشريعي مصطلحات محددة لتعيين أطراف العقد، فأحدهما "الوسيط" أما الطرف الثاني فهو "المنتمي" وبعد صدور المرسوم التنفيذي أصبحت الشركة الوسيط تسمى "محمولة الفواتير"، رغم الاحتفاظ بالترجمة الفرنسية أي « Factor »، فهي تسميات حسب رأينا غريبة وغير مستساغة فلا نجد أي معنى لتسمية المنتمي، كما نجد أن الشركة « Factor » ليست وسيط بل طرف أصيل في العلاقة العقدية، لذلك لا بد من إعادة النظر في هذه المصطلحات ووضع آخر تتماشى مع طبيعة العقد.

ثانيا: الثغرات الموضوعية.

من الثغرات الجوهرية التي وقع فيها المشرع الجزائري :

1- اعتبار عقد تحويل الفاتورة سند تجاري، بالرغم من أهم ما يميز الأوراق التجارية قابليتها للتظهير، وبالنتيجة فإنه من الصعب جدا قبول إدخال العقد ضمن فئة الأوراق التجارية لعدم إمكانية تداوله بالطرق التجارية المعروفة في السندات التجارية.

2- نص المشرع الجزائري بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-08 على أن تتكفل الشركة الوسيط بتمويل المنتمي وضمان إعسار المدين مما يعني انه قد إستبعد من مجال نشاط الوسيط عملية التسيير، وهذا يعد إجحاف خاصة وأن هذه العملية معترف بها في التجربة الدولية فهذا التحديد في حقيقة الأمر غير مفهوم.

3- بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 95-331 نلاحظ أن المشرع الجزائري قد منح وزير المالية صلاحية وسلطة منح التأهيل وممارسة الرقابة على الشركة الوسيط أي منح تنظيم نشاط مالي و مصرفي للجهاز التنفيذي وكأن السلطة التنفيذية تحاول استرجاع اختصاصاتها والتدخل في صلاحيات تعود إلى مجلس النقد والقرض واللجنة المصرفية والتي تعود لها صلاحية الرقابة على البنوك والمؤسسات المالية.

الإقتراحات:

إعتمادا على دراستنا لعقد تحويل الفاتورة وبناء على النتائج المتوصل إليها يمكننا تقديم بعض التصورات التي نراها تخدم طبيعة العقد والتي نوجزها في النقاط التالية:

1- تعديل المواد القانونية الخاصة بعقد تحويل الفاتورة والمنصوص عليها في القانون التجاري، فمن غير المعقول أن يتم تبني تقنية قانونية معروفة في الممارسات التجارية سواء الداخلية أو الخارجية مع إفراغها من محتواها فالمشعر الجزائري اعتبر أن العقد عبارة عن مزيج بين سند تجاري وعملية مصرفية

2- من المستحسن أن يخصص المشعر الجزائري قانونا خاصا بعقد تحويل الفاتورة ويتفادى إدراجه في قانون موجود سابقا، لأن تقنية الإدراج تتطلب التحكم في الاختصاص النوعي للقانون المدرج وانعدام ذلك يؤدي إلى وجود تناقضات بداخله لذلك لا بد من استبعاده من فئة الأوراق التجارية وكذا عدم إدراجه في قانون البنوك أي قانون النقد والقرض مثلما قام به المشعر المغربي متأثرا بالمشعر الفرنسي لأن عقد تحويل الفاتورة في الجزائر له خاصية ننادي للاحتفاظ بها ألا وهي إعتبره تقنية بنكية وتأمينية في نفس الوقت لذلك نجد أن أحس قالب قانوني للعقد هو وضع نص قانوني خاص به، كما ذهب إليه المشعر التونسي.

4- المصادقة على اتفاقية أوتاوا تشجيعا للفاكتورينغ الدولي، خاصة وأن المشعر الجزائري ينظر إلى العقد كتقنية داخلية فقط على الرغم من أن هذا الأخير يشكل عقد دولي وداخلي في نفس الوقت فهو يمثل أحد موارد التمويل الهامة التي يمكن أن تحصل عليه المؤسسة الصغيرة والمتوسطة من أجل شحناتها الموجهة للتصدير، كما انه يساعد على زيادة صادراتها عن طريق الحصول على ميزة تنافسية مع توفير الحماية ضد المخاطر التجارية والنهوض بالإستثمار وتحسين الظروف الإقتصادية لهذه المؤسسات.

4- في الأخير نقتح وكبداية إنشاء فروع في البنوك الجزائرية تتوافر لديها هذه الخدمة على أن يتطور هذا الفرع مستقبلا إلى إنشاء شركات متخصصة في عقد تحويل الفاتورة.

قائمة المراجع

أولاً- المراجع باللغة العربية :

1 / المصادر :

أ- النصوص القانونية :

- 1- القانون المدني الجزائري رقم: 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج ر عدد 31 المؤرخة في 20 ماي 2007، ص 3
- 2- الأمر رقم: 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل بالقانون رقم 05-02 المؤرخ في 06 فبراير المتضمن القانون التجاري الجزائري ج ر، عدد 11، المؤرخة في 09-02-2005. ص 8
- 3- الأمر رقم 96:-06 المؤرخ في 10 يناير 1996 المتعلق بتأمين القرض عند التصدير، ج.ر عدد 03، المؤرخة في 14 يناير 1996، ص 16.
- 4- الأمر رقم: 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 المعدل و المتمم بالأمر 10-04 المؤرخ في أوت 2010 المتعلق بالنقد و القرض ج ر، عدد 50، المؤرخة في 01-09-2010. ص 11.
- 5- المرسوم التنفيذي رقم: 05-486 المؤرخ في 10-12-2005 المحدد لشروط تحرير الفاتورة و سند التحويل والفاتورة الإجمالية وكيفيات ذلك، ج ر عدد 80 المؤرخة في 11 ديسمبر 2005، ص 18.
- 6- المرسوم التنفيذي رقم: 95-331 المؤرخ في 23 أكتوبر 1995 المتعلق تأهيل الشركات التي تمارس تحويل الفواتير، ج ر 64، المؤرخة في 29 أكتوبر 1995، ص 19.
- 7- القانون رقم: 1-93-147 المؤرخ في 06 جويلية 1993 المتعلق بنشاط مؤسسات الائتمان و مراقبتها المغربي
- 8- القانون رقم: 98-04 المؤرخ في 02/02/1998 والمعدل بالقانون رقم (91.2001) المؤرخ في 07 أوت 2001 المتعلق بشركات استخلاص الديون التونسية.
- 9- قرار رئيس مجلس الوزراء رقم: 03-1446 المعدل بالقانون رقم 07-162 المؤرخ في 25 يناير 2007 المتعلق بتعديل بعض أحكام اللائحة التنفيذية لقانون ضمانات وحوافز الإستثمار، جريدة الوقائع المصرية عدد 25.

ب- القواميس :

1- تحسين فاروق الناجي: قاموس المصطلحات مصارف المال والاستثمار، الأكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية، (د-د-ن)، 1997.

II / المراجع :

أ- الكتب :

- 1- أحمد بوراس: تمويل المنشآت الاقتصادية ، دار العلوم للنشر و التوزيع ،عنابة ،الجزائر ، 2008.
- 2- أكرم يمالكي: الأوراق التجارية وفقا لاتفاقية جنيف و العمليات المصرفية ،دار الثقافة للنشر و التوزيع،عمان،2001.
- 3- العربي بلحاج : الإطار القانون للمرحلة السابقة على التعاقد ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،2010.
- 4- الواسعة زرارة صالح: أحكام السندات التجارية و طرق تداولها في القانون التجاري الجزائري ، دار نوميديا ،قسنطينة،الجزائر ،2012.
- 5- بشير محمودي : عقد تحويل الفاتورة ،ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2003 .
- 6- توفيق عبد العزيز: مدونة التجارة المغربية ،دار الثقافة ، الدار البيضاء، المغرب، 1996 .
- 7- حمزة شرابن : الملكية كوسيلة لدعم الائتمان، دار هومة ، الجزائر ، 2011 .
- 8- خليل أحمد حسن قداددة: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري -أحكام الالتزام-، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،1992.
- 9- خميس القزاح: نظام تأمين الصادرات المصرفية ،دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر، (د.ت.ن) .
- 10- رابح خوي- رقية حساني : المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ومشكلة تمويلها، دار ايتراك، القاهرة ، مصر، 2008 .
- 11- صالح خالص: الإعلام التجاري والمفاوضات التجارية الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر ، 2001.
- 12- عبد الرزاق أحمد السنهوري: الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، دار إحياء التراث العربي،بيروت، (د.ت.ن).
- 13- عبد القادر البقيرات : القانون التجاري الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2012.
- 14- عبد المنعم البدر اوي :أحكام الالتزام ،دار النهضة العربية،القاهرة،مصر،(د.ت.ن).
- 15- عزيز العكيلي : شرح القانون التجاري -الأوراق التجارية وعمليات البنوك- ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ،عمان ،2002.
- 16- علي البارودي: العقود وعمليات البنوك التجارية ،منشأة المعارف، الإسكندرية ،مصر (د.ت.ن).

- 17- علي جمال الدين عوض: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998.
- 18- عمار حبيب جهلول : عقد خصم الديون دون حق الرجوع ، دار نيبور للطباعة و النشر و التوزيع ، بغداد،العراق ، 2011.
- 19- عمار حبيب جهلول : عقد خصم الديون دون حق الرجوع، دار نيبور، محافظة القادسية ،العراق ، 2011.
- 20- عمار عمورة: الأوراق التجارية وفق القانون التجاري الجزائري ،دار الخلدونية،الجزائر 2008.
- 21- فتحي ناصف الدين: نقل اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2003.
- 22- مأمون عبد الرشيد: المسؤولية العقدية عن فعل الغير، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر ، 1984.
- 23- محمد السيد الفقي: القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، (د.ت.ن).
- 24- محمد الطاهر بلعيساوي: الوجيز في شرح الأوراق التجارية، دار هومة، الجزائر، 2010.
- 25- محمد حسين منصور: النظرية العامة للائتمان، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، مصر، 1991.
- 26- محمد حسين منصور: شرط الاحتفاظ بالملكية في بيع المنقول المادي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1982.
- 27- محمد ذكري عبد الرازق: عقد شراء فواتير الديون التجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010.
- 28- محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007.
- 29- محمد صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري (التأمينات العينية والشخصية) دار الهدى ، عين مليلة، الجزائر، 1991.
- 30- محمد عبد العال : التنظيم الإتفاقي للمفاوضات العقدية ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،مصر 1998 .
- 31- مروان كركبي : عقد الفاكторинг ، دراسة مقدمة الى مؤتمر الجديد في العمليات المصرفية من الوجهتين القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة بيروت ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، 2002.
- 32- مصطفى كمال طه : العقود التجارية وعمليات البنوك، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 2002.
- 34- نادر عبد العزيز شافي: عقد الفاكторинг Contrat Factoring -عقد شراء الديون التجارية-، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس، لبنان، 2005.
- 35- نبيل إبراهيم سعد : نحو قانون خاص باللائتمان، منشأة المعارف الإسكندرية ،مصر ، 1991 .
- 36- نادية فضيل :الأوراق التجارية في القانون الجزائري دار هومة ،الجزائر ، 2002 .
- 37- هشام علي صادق : عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، (د.ت.ن).

- 38- هشام فضلي : عقد شراء الحقوق التجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1997
- 39- وفاء عبد الباسط: دراسات في التجارة الخارجية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.

ب- الرسائل و البحوث الجامعية :

- 1- الكاهنة إرزيل: "دور آلية تأمين القرض عند التصدير في التجارة الخارجية"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ، 2009.
- 2-مولود قموح: "تأمين القرض عند التصدير" ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق ،جامعة قسنطينة ،الجزائر،2006.
- 3- داليا عبد المعطي حسين علي :التراضي كأساس لاتفاق التحكيم،رسالة دكتورا في الحقوق،كلية الحقوق،جامعة القاهرة،2007.

ج- المجلات و الدوريات العلمية :

- 1- عبد الستار الخويلدي: خصم الديون،مجلة الدراسات المالية و المصرفية،المجلد الخامس ،العدد 2 د ت
- 2- محمد عبد الحليم: "الفاكتورنغ" إدارة وبيع الديون التجارية بين الواقع و المنظور الإسلامي مجلة مركز صالح كامل للإقتصاد الإسلامي، جامعة الأزهر، القاهرة، العدد 29، 2003.
- 3- زينة حازم الجبوري : "العقد الدولي لتحصيل الحقوق المحالة"،مجلة المنصورة،كلية الحقوق ،جامعة الموصل،العراق،عدد15 ، 2011

د- ملتقيات علمية :

- 1- الكاهنة أريزيل: " عقد تحويل الفاتورة و المؤسسات الاقتصادية"، ملتقى وطني حول " دور عقود الأعمال في تطوير الإقتصاد الجزائري"، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ماي 2012 .
- 2- إيمان زكري: "أسباب قصور عقود الأعمال في تمويلها للمشاريع الاقتصادية في الجزائر"،الملتقى الوطني حول دور عقود الأعمال في تطوير الاقتصاد الوطني، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ماي 2012.
- 3- عبد العزيز خنفوسي: " عقد تحويل الفاتورة كشكل جديد للضمانات " ملتقى وطني حول سبل تعزيز مركز الدائن، كلية الحقوق، جامعة سعيدة، 16-17 أبريل 2011.
- 4- محمد النوري: "بيع الفواتير- الفاكتورنغ- " نحو توجه استراتيجي للتمويل الإسلامي في أوروبا الملتقى الثامن عشر، للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث،دبلن،2008

5- كريم تعويلت: " اثر عقد تحويل الفاتورة على الاختصاص التحكيمي"، ملتقى وطني حول : دور عقود الأعمال في تطوير الاقتصاد الجزائري"، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ماي 2012 .

د- المواقع الالكترونية :

1- www.Fiagios.htm 03-02-2012 « affacturage »

2- www.impots.finances.gov.Tn 7-3-2012 "affacturage la solution pour améliorer sa trésorerie"

3- www.egyptfactors.com Hichem Chahine :«Factoring » 02-09.2012

4- www.e-affacturésoreriage.fr : 08-07-2012 contrat d'affacturage

George Michel:«contrat d'affacturage » 06-10-2012

سعيد بريش: التمويل التجاري كبديل لتمويل المؤسسات الصغيرة و المتوسطة في الجزائر ، 03-09-2001،

5- www.aawast.com/default.asp : 16-07-2012 guide d'affacturage

6- <http://A/www.finagois.fr> : 12-09-2012 affacturage

7- www.affacturage-france.com : 25-09-2012"factoring"

www.e.affacturage.fr : 19-10-2012 Affacturage, le guide pratique

ثانيا - الكتب باللغة الفرنسية :

A- Les ouvrages :

1- Deschanel (Jean Pierre) Lemoine (Laurent) : l'affacturage que sais-je ?
PUF 2éd, 1993

2- Jack. Vezain :la responsabilité du banquier en droit privé français , litec
, paris , 1983

- 3- Jean Bastian : l'assurance crédit dans le monde contemporain, Jupiter Mavaire, Paris, 1978
- 4- Juan Claudi Grosliere : Escompte, Répertoire de droit, commerciales, Dalloz, 1988.
- 5- Louis Edmond Sussefeld : le Factoring, P.U.F, 1968
- 6- Marie Laure : droit du crédit, éd économique. Paris, 2 éd, 1993
- 7- Michel Jantin : droit commercial, P. U. F, Dalloz, 2003.
- 8- Pierre Jude : Technique et pratique du factoring, Clet Editions Banque, Paris, 1984.
- 9- Reinhard Yves : Jurisprudence générale, Dalloz , paris, 1987.

B- Les revues :

- 1- Fadhila- Slami Sahri : " le Factoring : technique de recouvrement des créances d'après le décret législatif 93/08 de 25/04/1993", (R.A.S.J.E.P) N°2, 1995.
- 2- Dominique Legeais : « Affacturage », J.C, (Banque et crédit), FAS 361, N° 5, 2002.
- 3- Rachid Zouaimia : " Remarque critique sur la technique du factoring en droit algérien ", R.A.S.J.E.P, Alger, N°1, 2007.
- 4- Alexandre Michaud : L'affacturage, Les Cahiers de l'Observatoire n°168, Janvier 2001.
- 5- Deschanel (Jean Pierre), Lemoine (Laurent) : " Affacturage", J.C (banque et crédit), F S 580, N 11, 1994.
- 6- Jacque Ferronnière, Emmanuel de Chillaz, Les Opérations de banque , Jean Pierre Paty ,Dalloz, 1980.
- 7- Pierre Mayer : « Les Limites De La Séparabilité de la clause compromissaires », RV ARB,n9, 1998

- 8- Mohamed Issad : « La Nouvelle Loi Algérienne Relative L'arbitrage International », revue arbitrage commercial, n5,2008.
- 9- Bancal (l) et Lagel Charlete : « du croire du banque », J.C (B C) F S 600, n 20, 1993,
- 10- Pierre pissert : «Les Opération Bancaires Avec Les Etrangers»,R V banque, Paris, n5 , 1993,
- 11- Goldman –b- « Arbitrage commercial international, convention d'arbitrage, J-C, droit international- FS586, 1989 .
- 12- Riginald. Allemand:affacturage, JC ,BC,FS580,1991.
- 13- Gautier Bordeaux : "autre moyen de paiement et de recouvrement, affcturage international" ,JC,BC,FS530,N52, p16
- 14- Michel vivant, convention de du croire , jc(B- C),FS955,n05,1988

C- Les thèses :

- 1- Pierre Marazzato l'affacturage international et la convention d'Ottawa": mémoire de (DESS),", Université de Rêne Descartes, faculté de droit, 1998.
- 2- Leplat Frédéric : « la transmission conventionnelle des créances », thèse doctorat, université paris x nanterre U F R des sciences juridique, administratives et politique, sou- tenue 26 septembre 2001.
- 3- Merlaud Jean François : " le Ducroire" , thèse pour obtenir le doctorat université bordeaux, faculté de droit, Paris, 1984

D–Les lois et les Conventions:

- 1- Ordonnance n 2000-1223 2000-12-14, JORF du 16 décembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2001 relative a l'activité et au contrôle des établissements de crédit
- 2- Ordonnance n 2000-1223 2000-12-14, JORF du 16 décembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2001 relative a l'activité et au contrôle des établissements de crédit
- 3- Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage international (Ottawa, 28 mai 1988)

E–Les Arrêts judiciaires:

- 1- Cass .com.14octobre 1975 : J CP.1976 ?éd 18269 et éd C I, 12077.
- 2-M.Cabrillac et Rives-lange, Cass Com, 14 octobre1975, Paris, J P C 1976,18279.
- 3- Cass,civ,1ere –Climat- " R C I D I P" ,n 4 ,28 mai 2002 .

الصفحة	الموضوع
	مقدمة
02	الفصل الأول : النظام القانوني لعقد تحويل الفاتورة
03	المبحث الأول: مفهوم عقد تحويل الفاتورة ومميزاته وطبيعته القانونية
04	المطلب الأول: مفهوم عقد تحويل الفاتورة ومميزاته الأساسية
04	الفرع الأول: تعريف عقد تحويل الفاتورة وأنواعه
04	أولاً: تعريف عقد تحويل الفاتورة
05	1- التعريف اللغوي لعقد تحويل الفاتورة
06	2- التعريف الفقهي لعقد تحويل الفاتورة
09	3- التعريف القانوني لعقد تحويل الفاتورة
10	4- موقف المشرع الجزائري
11	1.4- تحديد السندات التجارية
13	2.4- النص على عقد تحويل الفاتورة ضمن السندات التجارية
14	1.2.4- الخطأ في ترجمة التسمية
15	2.2.4- عدم تحري الدقة في اختيار المصطلحات
15	3.2.4- التأثر بالقانون الفرنسي و البلجيكي
19	ثانياً: أنواع عقد تحويل الفاتورة
20	1- عقد تحويل الفاتورة من حيث الوظيفة
20	1.1- عقد تحويل الفاتورة الكلاسيكي
20	2.1- عقد تحويل الفاتورة لأجل
21	3.1- عقد تحويل الفاتورة مع حق الرجوع على المنتمي
21	2 - عقد تحويل الفاتورة من حيث المجال
21	1.2-عقد تحويل الفاتورة الداخلي
22	2.2- عقد تحويل الفاتورة الدولي

25	الفرع الثاني: خصائص عقد تحويل الفاتورة
25	أولاً: الصفة التجارية لعقد تحويل الفاتورة
28	ثانياً: الصفة الائتمانية لعقد تحويل الفاتورة
28	1- تعريف الائتمان من الناحية الاقتصادية
29	2- تعريف الائتمان من الناحية القانونية
30	3- تعريف الائتمان من الناحية الفقهية
32	ثالثاً: عقد تحويل الفاتورة تقنية للتمويل قصيرة الأجل
35	الفرع الثالث: تمييز عقد تحويل الفاتورة عن غيره من العقود المشابهة
35	أولاً: تمييز عقد تحويل الفاتورة عن عقد خصم السندات التجارية
37	ثانياً: تمييز عقد تحويل الفاتورة عن عقد الكفالة
39	1- من حيث طبيعة العقدين
39	2- من حيث الإلتزام في العقدين
39	3- من حيث مصادر الإلتزام بالضمان
40	ثالثاً: تمييز عقد تحويل الفاتورة عن عقد تأمين القرض عند التصدير
43	1- من حيث طبيعة الخطر في العقدين
43	2- من حيث مصادر الخطر
43	3- من حيث شرط العقد
43	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقد تحويل الفاتورة
44	الفرع الأول: النظريات المتداولة في تحديد الطبيعة القانونية لعقد تحويل الفاتورة
44	أولاً: اعتبار عقد تحويل الفاتورة تطبيق لقواعد تجديد الإلتزام
47	ثانياً: اعتبار عقد تحويل الفاتورة تطبيق لقواعد حوالة الحق
49	1- من حيث وجوب إعلان المدين
50	2- من حيث الغرض من العقدين
52	الفرع الثاني: الحلول الإتفاقي كإطار قانوني لعقد تحويل الفاتورة

52	أولا : مضمون نظام الحلول الإتفاقي
53	1-الإتفاق بين الدائن الأصلي والدائن الجديد
54	2- تزامن الحلول مع الوفاء
55	ثانيا : مدى توافق الحلول الإتفاقي مع طبيعة عقد تحويل الفاتورة
58	المبحث الثاني : الشروط القانونية لعقد تحويل الفاتورة
58	المطلب الأول: أطراف عقد تحويل الفاتورة
59	الفرع الأول : المنتمي
60	الفرع الثاني: الشركة الوسيط.
61	أولا : في التشريع المقارن
64	ثانيا : في التشريع الجزائري
64	1- الشروط الخاصة بممارسة النشاط
64	1.1 - الشكل القانوني الخاص بالشركة الوسيط
66	2.1 - الحصول على التأهيل اللازم لممارسة النشاط
66	2- ضوابط ممارسة النشاط:
70	المطلب الثاني: شروط صحة عقد تحويل الفاتورة
70	الفرع الاول : الشروط الموضوعية
71	اولا- أن يكون الدين موجودا:
72	ثانيا- أن يكون الدين معينا أو قابلا للتعيين:
73	ثالثا- أن يكون الدين مباحا (مشروعا):
74	الفرع الثاني - الشروط الشكلية:
76	ملخص الفصل الأول
78	الفصل الثاني : آثار عقد تحويل الفاتورة
79	المبحث الأول: إجراءات تحويل الحقوق التجارية
79	المطلب الأول: التزام المنتمي بالإعلام

80	الفرع الأول :معايير الاستحقاق التي تسري على العملاء
82	أولاً: معايير الإستحقاق الخاصة بالمتنمي
82	1- سلامة الهيكل الإداري والمالي
82	2-مدى قدرة المتنمي على النمو
84	ثانياً:معايير الإستحقاق الخاصة بالمدين
85	الفرع الثاني:تكريس مبدأ القبول و إخطار المدين
85	أولاً: تكريس مبدأ القبول « Principe d'approbation »
89	ثانياً: إخطار المدين بتحويل الحقوق التجارية
92	المطلب الثاني: ضمانات الحق التجاري و إستحقاق عمولة الإئتمان
92	الفرع الأول: ضمانات الحق التجاري المنقول
93	أولاً- الضمانات الخاصة بإبرام العقد
93	1- التأمينات الشخصية
94	2- التأمينات العينية
100	ثانياً:الضمانات الخاصة بتنفيذ العقد:
100	1- فتح حساب جاري : Compte Courant
101	2- الاقتطاع من مال الضمان Retenue De Fond De Garantie
102	3- الحق في المراقبة والاطلاع
102	4- الحق في إنهاء العقد
104	الفرع الثاني :إستحقاق الشركة الوسيط عمولة الائتمان
105	أولاً: العمولة الخاصة: « Commission Privé »
106	ثانياً: العمولة العامة« Commission générale »
107	المبحث الثاني: متطلبات منح الإئتمان و مخاطر إسترداده
107	المطلب الأول: آلية منح الإئتمان
108	الفرع الأول: تعجيل حقوق المتنمي على مدينه

108	أولاً: الاعتماد الممنوح بشأن كل مدين
109	ثانياً: الوفاء بقيمة الفواتير
110	الفرع الثاني: إلتزام الوسيط بالضمان و تقديم الخدمات الملحقة
110	اولاً : إلتزام الوسيط بضمان عدم الرجوع على المنتمي
110	1:تعريف الإلتزام بضمان عدم الرجوع
112	2: الطبيعة القانونية لشرط الضمان بعدم الرجوع:
113	1-2 نظرية الإلتزام بنتيجة
114	2-2 نظرية تحمل التبعة:
114	3-2 نظرية الضمان الضمني:
115	4-2 النظرية الحديثة: الضمان السليبي و شرط عدم الرجوع:
115	ثانياً : إلتزام الوسيط بتقديم الخدمات الملحقة .
116	1: تغطية أخطار السوق
117	2: تقديم المعلومات و الاستشارات
119	3: التكلفة الإجمالية لعقد تحويل الفاتورة
120	1-3 الميدان الإداري
120	2-3 ميدان الضمان المقدم
120	3-3 الميدان المالي
121	المطلب الثاني: عملية استرداد الإئتمان ومخاطره
122	الفرع الأول: إسترداد الإئتمان من المدين
122	اولاً: إستعادة الحقوق عن طريق الحل الودي
124	ثانياً: استعادة الحقوق عن طريق الحل القضائي
125	الفرع الثاني: مخاطر إسترداد الإئتمان
126	اولاً: دفع المدين في مواجهة الشركة الوسيط
126	1: الامتناع الراجع إلى خطأ المنتمي

128	2: الإمتناع الراجع إلى غش المنتمي
129	3: الامتناع الراجع إلى الحق بذاته
131	ثانيا: مزاحمة الغير للوسيط في استرداد الائتمان
133	1 - موقف المشرع الفرنسي
134	2 - موقف المشرع المصري
135	3 - موقف المشرع الجزائري
136	ملخص الفصل الثاني
138	الخاتمة
145	قائمة المراجع

Facto France Heller

Sa au capital de F15000 000R C Paris B 662055292 Etablissement financier
enregistré auprès du conseil national du crédit tour Maine- Montparnasse
5384404

Condition particulière du contrat d'affacturage

Conclu avec

Messieurs

.....**société au capital de**

1- champ d'application ventes et prestations en.....

2- exclusions.....

3- Remises des factures

Fréquence fois par mois acheminement des originaux

4-Justificatifs

5- Règlement des factures

Fonds de garantie: son montant sera de : constitué par prélèvement de :

Pour cent du montant TTC des factures prises en charge ce fonds sera
automatiquement porté a:

7-commission d'affacturage

Elle est fixée a pour cent du montant TTC des factures prises en
charge.....

8- Frais financiers :

Le taux d'intérêt est fixé a ce jour a pour cent

l'an.....commission, sur billet a ordre pour cent l'an du montant des
effets émis.....

Effets du contrat

A compter dupour une durée.....

Fait a Paris le.....

Le vendeur:.....Facto.France.Heller

Cachet et signature (s) autorisée.....Cachet et signature(s) autorisée(s)..

ملخص

من إهتمامات المؤسسات الاقتصادية سيما منها الصغيرة و المتوسطة ، السعي للحصول على التمويل اللازم لنمو و زيادة حجم نشاطها التجاري ، وكسب السيولة النقدية اللازمة لرفع نسبة أرباحها ، و تحصيل قيمة حقوقها التجارية لدى مدينيها ، غير أن تلك الأهداف عاداتا ما تعترضها صعوبة عجز إمكانياتها التجارية و المالية عن توفير القدر الكافي من وسائل التمويل ، التي تتطلبها عملية التنمية .

الأمر الذي أدى إلى إستحداث طرق تمويلية حديثة قصيرة الأجل ، من شأنها مواجهة مخاوف المؤسسات المرتبطة بالتمويل أو تحصيل الحقوق التجارية ، فكان لعقد تحويل الفاتورة دور كالية قانونية يتم بموجبها الاتفاق بين الشركة الوسيط كمؤسسة مالية أو بنك تجاري ، تتوافر لديه هذه الخدمة مع عميلها (المنتمي) ،الذي عادة ما يكون عبارة عن مؤسسة صغيرة أو متوسطة الحجم ،بحيث تقدم هذه الأخيرة كافة فواتيرها وديونها التجارية المترتبة لها بذمة مدينيها ،وبالمقابل تقوم الشركة الوسيط بإنتقاء الفواتير التي ترى إمكانية تحصيلها، فإذا وافقت الشركة الوسيط على كل أو بعض هذه الديون تقوم بشرائها لقاء تعجيل قيمتها للمنتمي قبل تاريخ استحقاقها ، أو حسب الإتفاق بين الطرفين مقابل نسبة معينة في شكل عمولة ، مع حق الشركة الوسيط في الحلول محل المنتمي والتزامها بعدم الرجوع عليه في حالة تخلف-إفلاس-أو إعسار المدينين.

لعقد تحويل الفاتورة أنواع من ناحية الوظيفة أو من حيث المجال ، وله خصائص تتسم بكونه عقد ائتماني وعقد تجاري و عقد قائم على الاعتبار الشخصي ، و عقد إذعان. كما أنه مزيج لعدة أنواع من العقود كعقد الكفالة ، و عقد خصم الأوراق التجارية ، و عقود الضمان التقليدية ، إلا أن له خصوصياته و سماته التي تميزه عن غيره من العقود المشابهة.

Résumé

Parmi les intérêts des entreprises économiques, en particulier les petites et moyennes, est de chercher à obtenir le financement voulu afin d'augmenter l'étendue de son activité commerciale, et acquérir la liquidité nécessaire pour voir ses bénéfices à la hausse, et recouvrir la valeur de ses droits commerciaux auprès de ses débiteurs. Or, ces objectifs se voient obstrués par la difficulté qui réside en l'insuffisance de ses moyens commerciaux et financiers de prévoir les moyens suffisants de financement requis par l'opération de développement.

La raison pour laquelle on a donné naissance à des méthodes de financement à court terme, pour faire face aux craintes des entreprises liées au financement et recouvrement des droits commerciaux, de ce fait le contrat d'affacturage eut un rôle de mécanisme juridique en vertu duquel une convention se fait entre la société facteur en tant qu'établissement financier ou banque commerciale, offrant ce service à son client (adhérent), qui est d'habitude une petite ou moyenne entreprise, de manière à ce que cette dernière présente tous ses factures et dettes commerciales résultant des créances de ses débiteurs, en contrepartie la société facteur procède à la sélection des factures qui lui seraient possible de recouvrir, et si la société facteur donne son approbation sur tout ou quelques unes de ces dettes en les achetant contre une accélération de leur valeur à l'adhérent avant le délai d'échéance, ou selon la convention des parties en échange d'un certain taux en forme de commission, et le droit de la société facteur de subroger l'adhérent, et son engagement de ne pas se retourner contre lui en cas de retard – faillite – ou l'insolvabilité des débiteurs.

Il y a plusieurs formes de contrat d'affacturage suivant la fonction ou le domaine, et celui-ci possède des particularités du genre qu'il est considéré comme un contrat d'assurance, un contrat commercial, un contrat se basant sur l'égard personnel, et un contrat de soumission. Il est en outre un mélange de plusieurs genres de contrats, comme le contrat de cautionnement, le contrat d'escompte d'effets de commerce, et les contrats d'assurance traditionnels. Néanmoins, il a ses particularités et traits qui le distinguent des autres contrats similaires.